

Det europeiske aksjeselskap

-SPE-

EU-kommisjonens forslag til en forordning for europeiske
private selskaper

Kandidatnummer: 670

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 14 349 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Emnet	1
1.2	Bakgrunn	3
1.3	Utviklingen av europeisk selskapsrett	5
1.4	Forslagets mål	7
<u>2</u>	<u>OVERSIKT OVER REGLENE OM SPE</u>	<u>8</u>
2.1	SPE-forordningen og nasjonal lovgivning	8
2.1.1	<i>Revisjon</i>	9
2.2	Stiftelse av SPE	10
2.2.1	<i>Ingen krav til grenseoverskridende virksomhet</i>	11
2.2.2	<i>Registrering</i>	12
2.2.3	<i>Hjemsted</i>	13
2.2.4	<i>Filialer</i>	15
2.2.6	<i>Offentliggjørelse</i>	16
2.2.7	<i>I forhold til tredjemann</i>	16
2.3	Aksjer	16
2.3.1	<i>Krav til aksjeeierbok</i>	17
2.4	Aksjekapital	17

2.5	Regnskapsplikt	20
2.6	Selskapets organisasjon	20
2.6.1	<i>Selskapsdeltakernes beslutningsrett</i>	20
2.6.2	<i>Alminnelige plikter og ansvar for medlemmer av ledelsesorganet</i>	21
2.6.3	<i>Aksjonærens plikter</i>	22
2.7	Aksjonær- og minoritetsbeskyttelse	22
2.7.1	<i>Rett til å få fremlagt en beslutning</i>	23
2.7.2	<i>Aksjonærenes informasjonsrett</i>	23
2.7.3	<i>Granskning</i>	24
2.7.4	<i>Utelukkelse</i>	25
2.7.5	<i>Rett til uttreden</i>	25
2.8	Flytting av SPE-selskapets vedtektsmessige hjemsted	26
2.8.1	<i>Etterprøving av flyttingens lovlighet</i>	27
2.8.2	<i>Særlig i forhold til medarbeiderinnflytelse</i>	27
2.9	Omstrukturering	28
2.9.1	<i>Omdannelse</i>	29
2.9.2	<i>Fusjon</i>	29
2.9.3	<i>Fisjon</i>	30
2.10	Oppløsning	30
2.10.1	<i>Oppløsning etter beslutning</i>	30
2.10.2	<i>Oppløsning etter reglene som er fastlagt i gjeldende nasjonal rett</i>	31
2.11	Avvikling, konkurs og ugyldighet	32
2.11.1	<i>Avvikling</i>	32
2.11.2	<i>Selskapets konkurs</i>	32
2.11.3	<i>Ugyldighet</i>	33
<u>3</u>	<u>VEDTEKTSFRIHET I SPE</u>	<u>34</u>
3.1	Krav til en standardvedtekt?	35
<u>4</u>	<u>VEDTEKTSBESTEMMELSER OM SELSKAPETS AKSJER</u>	<u>36</u>

4.1	Omsettelighet	36
4.2	Stemmerettighet og andre rettigheter tilknyttet aksjene	37
<u>5</u>	<u>VEDTEKTSBESTEMMELSER OM SELSKAPETS KAPITAL</u>	<u>38</u>
5.1	Innskudd	39
5.2	Utdelinger	39
5.2.1	<i>Restitusjonsplikt ved ulovlige utdelinger</i>	41
5.3	Selskapets adgang til å gi kreditt, gaver eller stille sikkerhet	42
5.3.1	<i>Lån og sikkerhetsstillelse til aksjonær og andre</i>	42
5.3.2	<i>Gaver</i>	42
5.4	Endring av selskapets kapital	43
5.4.1	<i>Kapitalnedsettelse</i>	43
5.4.2	<i>Kapitalforhøyelse</i>	44
<u>6</u>	<u>VEDTEKTSBESTEMMELSER OM SELSKAPETS ORGANISASJON</u>	<u>45</u>
6.1	Ledelsesstruktur	45
6.2	Generalforsamling	47
6.3	Selskapets representasjon	48
<u>7</u>	<u>SPE-UTFORDRINGER OG MULIGHETER</u>	<u>49</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>

1 Innledning

1.1 Emnet

EU-kommisjonen har fremlagt et forslag til en forordning om en selskapslov for europeiske private selskaper, SPE, som er en forkortelse for "Societas Privata Europaea".¹ Selskapet skal være en form for europeisk aksjeselskap. Selskapsformen skal kunne opprettes i alle EU og EØS-land, og det betyr i praksis at også Norge vil måtte innrette seg etter EU's beslutning. Forordningen vil ha betydning for Norge på den måten at man vil få en ny form for selskaper med begrenset ansvar. Den nye selskapsformen vil fungere som et alternativ til selskapsformene i norsk rett, særlig aksjeselskapet. SPE basert på forordningen skal kunne operere etter de samme prinsipper over landegrensene uten å måtte sette opp datterselskaper etter ulike lands lover. Målet er at forordningen skal kunne vedtas før sommeren 2009 som skal tre i kraft juli 2010.

Forslaget til SPE-forordningen er en del av EU-kommisjonens handlingsplan, "A small Business Act for Europe" for små og mellomstore bedrifter (SMB). Handlingsplanen handler om et bredt spekter av SMB- initiativer som kommisjonen ønsker gjennomført enten på EU-nivå eller av medlemslandene selv.² Handlingsplanen skal gjøre det enklere og mer attraktivt å etablere og utøve virksomhet for små og mellomstore selskaper, også på tvers av landegrensene. Blant tiltakene som skal bidra til utvikling av europeisk næringsliv og økonomisk vekst i Europa, ble forslaget til SPE-forordningen foreslått. Målet er at SPE-forordningen skal gjøre det lettere for SMB'er å utnytte mulighetene i det indre marked

¹ Jf. Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, (COM (2008) 396) s. 4.

² Bakgrunn (fra EØS-notatet), se: <http://eos-saker.org/?q=node/1323>

gjennom grenseoverskridende aktiviteter. Aksjeselskaper basert på denne forordningen skal kunne anvende samme selskapsform overalt i EU, slik at virksomheten stadig slipper å forholde seg til 27 forskjellige ordninger.³

Den primære rettskilde innenfor EØS-retten er EØS-avtalen. Den består av en hoveddel og en rekke vedlegg hvor de viktigste er forordninger og direktiver som er gjort til en del av EØS-avtalen.⁴ SPE-forordningen krever enstemmig tilslutning fra de 27 medlemslandene for at den skal tre i kraft. Når en forordning er vedtatt i EU, blir den gjeldende rett i alle medlemsstater og skal komme direkte til anvendelse.⁵ Norge har formelt ingen påvirkningskraft på utformingen av forordningen. Forordninger skal gjennomføres som sådanne i nasjonal rett, slik at dette medfører at forordningen ikke gir EØS-statene handlingsrom, i motsetning til direktivene hvor handlingsrommet kan bli noe større.⁶ Forordninger brukes når det er nødvendig å ha helt ensartete bestemmelser i hele EU. Derimot kan en medlemsstat ha rett, og noen ganger plikt, til å supplere en forordning med nasjonale regler dersom det er nødvendig for å få den effektivt etterlevd.

Et SPE-selskap skal anses som et "privat selskap", som vi etter norsk rett forstår som aksjeselskap. Aksjene til et SPE kan ikke registreres på Oslo børs, og et SPE kan ikke velges dersom eierne ønsker at selskapet skal kunne innhente aksjekapital gjennom offentlige emisjoner. SPE er et selskap med begrenset ansvar, dvs. at selskapsdeltakerne ikke hefter utover det beløp de har tegnet eller kjøpt aksjer for. Det upersonlige, indirekte og begrensede ansvaret gjør at investorer kan investere i aksjer og derved stille risikovillig kapital til rådighet for et selskap, uten å måtte svare med sin private formue, dersom selskapet går konkurs.

³ Jf. Robert Drury, *The European Private Company* s. 127.

⁴ Jf. *EØS-rett* s. 209.

⁵ Jf. *EØS-rett* s. 48.

⁶ Jf. *EØS-rett* s. 210.

SPE-selskapet inneholder ikke noe krav til at virksomheten må være grenseoverskridende, og kan dermed velges av de nasjonale selskaper som et interessant alternativ til de nasjonale selskapsformer. Som det vil fremgå nedenfor har SPE-selskapet en rekke fordeler i forhold til det norske aksjeselskapet, som kan gjøre det attraktivt for norske selskaper å velge SPE fremfor AS.

Blir forslaget til SPE-forordningen vedtatt, kan norske næringsdrivende allerede i 2010 velge SPE istedenfor AS.

I denne oppgaven vil jeg redegjøre for, og gjennomgå hovedpunktene i forslaget til SPE. Jeg vil deretter konsentrere meg om SPE-selskapets vedtektsbestemmelser når det gjelder selskapets aksjer, kapital og organisasjon, hvor jeg vil sammenligne om det finnes en tilsvarende vedtektsregulering etter norsk rett. Det vil fremgå av oppgaven hvilken betydning SPE-forordningen vil ha for norsk rett.

1.2 Bakgrunn

Bakgrunnen til EU-kommisjonens initiativ til SPE-forordningen er at små og mellomstore bedrifter utgjør mer enn 99 % av selskapene i EU og de står for ca 70 % av alle arbeidsplassene.⁷ Samtidig driver bare 8 % av selskapene grenseoverskridende virksomhet og bare 5 % har datterselskaper eller joint venture selskaper i utlandet.⁸ En av grunnene til at det store flertallet av selskapene bare driver på nasjonalt nivå, kan være kostnadene ved å etablere og drive selskaper i flere EU-stater. Nylige undersøkelser viser at rettslige og administrative kostnader er forholdsmessig større for små selskaper fordi de er mindre godt rustet når det gjelder finansielle og menneskelige ressurser. Dette er klart med på å hindre deres utvikling på tvers av landegrensene. Det har vært anslått at dersom et selskap under de någjeldende regler skulle etablere datterselskaper i fem EU-stater, ville kostnadene i

⁷ Jf. Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, (COM (2008) 396) s. 4.

⁸ Se forordningen punkt 1 (under ”context”).

forbindelse med etableringen komme på ca 45 000 Euro.⁹ Kostnadene ved grenseoverskridende aktivitet er i dag høy, og kan være med på å hindre små virksomheter til å utvikle seg.

Små virksomheter hindres også på grunn av manglende tillit til visse utenlandske selskapsformer i andre medlemsstater, dette gjelder særlig når det er snakk om ikke utbredte selskapsformer.¹⁰ SPE vil derimot tilby virksomhetene en "European Label", som vil kunne lette samarbeidet med leverandører og kunder fra andre medlemsstater, idet mange vil være mer trygge med å handle med en virksomhet i form av en supernasjonal og kjent selskapsform, enn med de mange andre nasjonale selskapsformer. Dette gjelder særlig selskapsformer fra de nye medlemsstater i de tidligere Østblokk-landene.¹¹ Innføringen av SPE vil føre til en mer harmonisert selskapslovgivning i Europa, som vil legge til rette for at investorer og låneyttere lettere kan handle på tvers av landegrensene. Et felles europeisk kapitalmarked antas dessuten å senke selskapenes kostnader forbundet med å innhente kapital.¹²

Per dags dato finnes det ikke noen tilsvarende selskapsform i EU for små og mellomstore virksomheter. Det står i forslaget til SPE-forordningen at det bør innføres en europeisk selskapsform som særlig er rettet mot "*små virksomheter*" og som det er mulig å opprette overalt i EU. EU-kommisjonen har utviklet et europeisk aksjeselskap for å gi en tilsvarende selskapsform til private aksjeselskaper som allmenne aksjeselskaper har fått i SE-selskapet (Societas Europea).

⁹ Jf. Tore Bråthen, *Societas Privata Europaea – SPE*, *Magma* (2008) s. 22.

¹⁰ Se forordningen pkt. 6 (under "impact assessment").

¹¹ Mette Neville, *Det Europeiske Anpartsselskab*, *NTS* (2008) s. 51.

¹² Jf. Anne Cathrine Sundby, *EUs arbeid med modernisering av selskapsretten*, *TFF* (2003) s. 430.

1.3 Utviklingen av europeisk selskapsrett

Det har i EU de siste årene pågått en prosess for å fremme harmonisering og modernisering av selskapsretten i Europa. Det er flere grunner til dette. En sentral grunn er ønsket om at selskaper bør ha full mulighet til å etablere seg i det land som er mest hensiktsmessig ut i fra et økonomisk- og strategisk perspektiv uten å møte hindringer av rettslig karakter. En sentral del av reformen har opphav i forslagene som ble presentert i Kommisjonens Action Plan fra 2003.¹³ Men også EF-domstolens praksis har spilt en viktig rolle i omformingen av det selskapsrettslige landskap.¹⁴

Gjennom en rekke saker, særlig Centros, Überseering, Inspire art. og Sevic, har EF-domstolen stadfestet og utvidet muligheten for selskapene i EU og EØS til å drive virksomhet på tvers av landegrensene.¹⁵ I Centros-saken har EF-domstolen lagt til grunn at nasjonale myndigheter i utgangspunktet ikke kan nekte å registrere filial av utenlandsk foretak.¹⁶ Dette har medført at det har i Norge vært en markant økning i nyregistreringer av såkalte NUF (Norskregistrert Utenlandsk Foretak).¹⁷ Überseering gjaldt spørsmålet om anerkjennelse av selskaper, uten at det er tale om filial.¹⁸ Til slutt stadfester EF-domstolen

¹³ Jf. Anne Cathrine Sundby, EUs arbeid med modernisering av selskapsretten, *TFF* (2003) s. 428.

¹⁴ Jf. Anne Cathrine Sundby, Det nye selskapsrettslige landskap, *LOR* (2005) s. 393.

¹⁵ Robert Drury: *The European Private Company* s. 128.

¹⁶ I Centros-dommen fikk et dansk ektepar medhold i at de danske registreringsmyndigheter ikke kunne nekte å registrere en filial av ektefellens britiske aksjeselskap (Ltd.). Bakgrunnen for nektelsen var at etableringen av filialen ville representere en omgåelse av kravet til minste aksjekapital. EF-domstolen konstaterte at registreringsnektelsen var ulovlig etter EU-rettens regler om den frie etableringsretten. Det foreligger imidlertid et snevert unntak dersom statsborgere på en svikaktig eller kritikkverdig måte forsøker å omgå nasjonale regler ved å henvise til etableringsfriheten.

¹⁷ Av brønnøysundregisterens årsmelding for 2007 s. 28 framgår det at hele 3775 NUF ble registrert i 2007, i motsetning til 2618 i 2006. Jf. http://www.brreg.no/organisasjon/2007/Br_aarsmelding2007.pdf

¹⁸ Her hadde det nederlandske selskapet Überseering ervervet en eiendom i Tyskland og engasjert et selskap for å gjennomføre noen arbeider. På grunn av mangelfullt utført arbeider gikk Überseering til sak mot entreprenøren. Den tyske domstolen fant at selskapet måtte anses for å ha sitt faktiske hovedsete i Tyskland, og siden den nederlandske selskapsformen ikke var anerkjent her, hadde selskapet ikke rettslig status i

adgangen til å flytte sitt hjemsted uten hensyn til stiftelsesstatens lovgivning om dette i Sevic-saken.¹⁹

Action Plan er en plan for utarbeidelse av nye selskapsdirektiver og revisjon av gamle, samt regulering av selskapsrettslige forhold gjennom rekommandasjoner. Med hjemmel i Romtraktatens art. 44 (2) g om etableringsfriheten er det vedtatt i alt fjorten selskapsdirektiver. EU's viktigste redskap for harmonisering av europeisk selskapsrett har vært selskapsdirektivene.²⁰ I tillegg til direktivene og rekommandasjonene har EU også vedtatt tre forordninger på selskapsrettens område, hvor EU blant annet har utviklet SE-selskapet som er et slags europeisk allmennaksjeselskap.²¹

Det Europeiske Aksjeselskap er ikke noen ny idè. Det er nesten 40 år siden det første forslaget til regler om et europeisk aksjeselskap ble presentert. I forbindelse med det første forslag til SE-selskapet i starten av 1970-årene påpekte en fransk undersøkelse, at forslaget til regler om SE-selskapet ikke var godt nok, og man foreslo enten å forenkle forslaget vesentlig eller alternativt utarbeide et forslag til et europeisk aksjeselskap.²² Denne tanken om et europeisk aksjeselskap ble tatt opp igjen tidlig på 2000-tallet i forbindelse med EUs arbeid med modernisering av europeisk selskapsrett. Etter påtrykk fra Europaparlamentet tok EU-kommisjonen imidlertid for alvor fatt på arbeidet med å utvikle et europeisk aksjeselskap først i 2007.²³ Kommisjonens arbeid resulterte i et forslag til en forordning i juni 2008. Forslaget står nå foran behandling i Europaparlamentet og Rådet.

Tyskland. EF-domstolen konkluderte med at det utgjorde et hinder for etableringsfriheten å nekte anerkjennelse av selskapet.

¹⁹ Se nærmere om EF-domstolens avgjørelse i Sevic-saken under avsnitt 2.2.3.

²⁰ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 38.

²¹ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 39.

²² Jf. Mette Neville, *Det Europæiske Anpartsselskab, NTS* (2008) s. 49.

²³ Jf. Commission staff working document, (COM (2008)396)) s. 2.

1.4 Forslagets mål

Det følger av SPE-forordningen at selskapsformen innføres med det mål å styrke små virksomheters konkurranseevne ved å fremme deres etablering og virksomhet i det indre marked.²⁴ Denne nye selskapsformen er skreddersydd for å ivareta behovene for små og mellomstore bedrifter, og er med på å bidra til å nå målet til kommisjonens handlingsplan om å skape vekst og flere arbeidsplasser i det indre markedet. Siktemålet med forordningen er å forbedre små virksomheters konkurransedyktighet gjennom forenkling av regelverket. Forordningen vil gjøre det mulig å opprette et europeisk privat selskap på bakgrunn av samme enkle og fleksible selskapsrettslige bestemmelser i alle medlemsstater.

SPE-selskapet skal kunne drive sin virksomhet innenfor en hvilken som helst EU- og EØS-stat uten å måtte endre selskapsform eller identitet. Forslaget innebærer for eksempel at et SPE etablert i England, Frankrike eller Tyskland kan drive virksomhet i Norge, men også at et SPE etablert i Norge kan drive virksomhet i andre land. Dette betyr at det vil bli enklere å drive grenseoverskridende virksomhet for små- og mellomstore bedrifter ved at man blant annet slipper kostnadene som skyldes forskjellige nasjonale regler med hensyn til virksomhetens etablering og drift. Et norsk selskap som vil ekspandere ut av Norge, kan etablere SPE`er i alle EU-land i stedet for å opprette AB i Sverige, GmbH i Tyskland, Sp. Z o o i Polen og så videre. Dersom et selskap driver virksomhet i flere EU-stater, kan SPE brukes som selskapsform i alle statene. SPE-forordningen legger til rette for at datterselskaper og tilknyttede selskaper i andre land ikke behøver å ha en annen selskapsform enn morselskapet.

For investorer skal SPE representere forbedringer.²⁵ Ettersom reglene for AS-lignende selskaper ikke er harmonisert i Europa, vil det som nevnt ovenfor forekomme betydelige forskjeller mellom de nasjonale varianter av slike selskaper. Det er en kostbar utfordring å skulle administrere investeringer i selskaper underlagt så forskjellig lovgivning som finnes

²⁴ Jf. forordningen pkt. 2 (under ”objectives of the proposal”).

²⁵ Tore Bråthen, *Societas Privata Europaea – SPE*, *Magma* (2008) s. 22

i Europa. I stedet for å måtte forholde seg til 27 eller flere forskjellige lovverk, vil SPE ha samme strukturen i alle medlemsstater.²⁶

2 Oversikt over reglene om SPE

2.1 SPE-forordningen og nasjonal lovgivning

SPE- forordningen legger ikke opp til at det i særlig grad skal være supplerende nasjonale selskapsrettslige regler. Derimot vil et SPE være underlagt de nasjonale og EU-rettslige regler om blant annet regnskap, skatt og arbeidsmiljø. Forordningen regulerer ikke anvendelsen av reglene på andre rettsområder enn det selskapsrettslige. Spesielt når det gjelder skatt, forutsettes det at SPE-selskapet skal skattlegges på lik linje med de nasjonale selskaper.²⁷ Dette betyr trolig at et SPE skal skattlegges i Norge på samme måte som et norsk AS. Det er videre omdiskutert hvorvidt spørsmålet om revisjon av SPE er underlagt nasjonal lovgivning (se avsnitt 2.1.1).

Det følger av forordningens art. 4 at nasjonal rett kun får anvendelse hvor det er henvist til nasjonal rett i forordningen eller dersom et forhold ikke er omfattet av artiklene *"of this Regulation or by Annex I"*. Det er således ikke helt unngått henvisninger til nasjonal rett med hensyn til de selskapsrettslige forhold. F. eks. når det gjelder omdannelse, fusjon og fisjon, henvises det til nasjonale regler, se nærmere nedenfor.

Selv om antallet av henvisninger til nasjonal rett er begrenset, synes det hensiktsmessig å regulere en rekke av de forhold, hvor det henvises til nasjonal rett i forordningen. For eksempel er aksjonærenes mulighet til å bestride generalforsamlingens beslutninger, jf. art. 27.4, en så sentral aksjonærbeskyttelsesregel at innholdet bør fremgå direkte av

²⁶ Jf. Robert Drury, *The European Private Company* s. 127.

²⁷ Jf. Tore Bråthen, *Societas Privata Europaea-SPE Magma* (2008) s. 22.

forordningen. Videre er det andre bestemmelser som ikke fremkommer av forordningen i det hele tatt, som for eksempel aksjonærenes plikter som er svært sentrale spesielt i små aksjeselskaper (se avsnitt 2.6.3).

2.1.1 Revisjon

Det følger av forordningens art. 25 at et SPE er underlagt kravene i nasjonal rett når det gjelder revisjon. Samtidig følger det av forordningen Annex 1 at selskapsdeltakerne skal ha frihet til å regulere en rekke nærmere angitte spørsmål i sine vedtekter, blant annet hvorvidt selskapet skal ha en revisor. Forslaget i art. 25 jf. Annex 1 Chap. V har skapt uklarhet med hensyn til spørsmålet om revisjonsplikt er overlatt til nasjonal rett, eller om dette hører til de spørsmålene som skal reguleres i selskapets vedtekter.

På møter i kommisjonens ekspertgruppe i selskapsrett (Company law expert Group) har kommisjonen gitt uttrykk for at hensikten er at spørsmålet om revisjonsplikt ikke skal reguleres i forordningen, men skal overlates til nasjonal rett, og at dette bør klargjøres i teksten.²⁸ Dette betyr for norsk retts vedkommende at et SPE vil ha revisjonsplikt dersom selskapet er stiftet her. Etter norsk rett må aksjeloven ses på bakgrunn og suppleres av revisorloven som fastslår at alle aksjeselskaper har revisjonsplikt. Både Den norske revisorforeningen og finansdepartementet mener at dersom et SPE etableres i Norge, skal det være obligatorisk revisjonsplikt etter SPE-forordningens art. 25.

På en annen side trekker hensynet til at SPE-forordningen skal være likt i hele Europa, i motsatt retning. Selskapsformen vil ikke bli den samme i alle EU-og EØS stater dersom hver stat ensidig kan ta stilling til hvorvidt selskapet skal ha revisor. Dersom selskapet ensidig kunne bestemme at SPE skulle ha revisor, vil løsningene bli at nordmenn som ikke ønsker å ha revisor, stifter sine SPE-selskaper i andre land hvor det ikke er revisjonsplikt etter nasjonal rett, som f. eks England. Videre kan et SPE som er stiftet i England drive virksomhet i Norge, og vedtektsfriheten for engelske SPE kan norsk lovgivning selvfølgelig

²⁸ Jf. Bakgrunn (fra EØS-notatet), se nærmere: <http://eos-saker.org/?q=node/1322>.

ikke gjøre noe med. Et ytterligere argument i samme retning, er at EU-parlamentet i sin foreløpige innstilling understreker at SPE skal være et alternativ til nasjonale selskapsformer og ikke nødvendigvis en kopi av dem. Spørsmålet om revisjon må dermed ikke nødvendigvis følge den løsningen som gjelder for norske aksjeselskaper.²⁹

Forholdet mellom art. 25 og Annex 1 må være slik at SPE selv kan bestemme om selskapet skal ha revisor, og dersom selskapet beslutter å ha revisor, kommer art. 25 til anvendelse som fastslår at regler for revisjonens gjennomføring, er underlagt kravene etter nasjonal rett.

Spørsmålet om revisjonsplikt kan få sin endelige avklaring i det EU arbeider for tiden med svakheter og mangler i forslaget til SPE-forordning.³⁰

2.2 Stiftelse av SPE

Forordningen inneholder ikke begrensninger for hvordan et SPE-selskap kan stiftes. Selskapet kan stiftes av både juridiske og fysiske personer, og skal kunne skje på samme måte i alle EU-stater. Enhver selskapsform under nasjonal lovgivning kan stifte et SPE-selskap, med mindre annet er fastsatt i den gjeldende nasjonale rett. Det betyr for norsk retts vedkommende at f.eks både enkeltpersonforetak, AS, ASA, og ansvarlig selskap kan stifte et SPE-selskap. Et SE-selskap kan også stifte et SPE-selskap, eller et SPE kan stifte et nytt SPE, typisk hvis det er ønskelig med et datter selskap.

SPE kan stiftes i forbindelse med at det skal igangsettes en ny virksomhet, men kan også stiftes i forbindelse med omdannelse av et selskap. SPE kan videre stiftes i forbindelse med at flere eksisterende selskaper fusjonerer eller at et selskap fisjonerer i to eller flere selskaper, jf. art. 5. I tilfelle av fusjon får det overtakende selskap form som et SPE-selskap fra den dag hvor fusjonen registreres. Fisjon innebærer at et selskap deles ved at det som

²⁹ Jf. Tore Bråthen, Revisjonsplikten for AS, NUF og SPE (utrykt manuskript).

³⁰ Jf. Tore Bråthen, Revisjonsplikten for AS, NUF og SPE (utrykt manuskript).

var ett selskap, blir to eller flere. I tilfelle av fisjon får selskapet form som et SPE-selskap den dag hvor fisjonen av selskapet registreres, se nærmere avsnitt 2.9.

Stiftelsesprosedyren har mange fellestrekk med stiftelse av et norsk aksjeselskap. For å etablere et SPE-selskap, må den eller de som skal tegne aksjer i selskapet (stiftere), opprette et stiftelsesdokument. Det er selskapets opprinnelige aksjeeiere som undertegner stiftelsesdokumentet som aksjetegnere. Stiftelsesdokumentet tar blant annet sikte på å gi mest mulig riktig informasjon til den som vurderer å skyte inn kapital i et selskap som stiftes.³¹

Foretaksnavnet etter et SPE-selskap må inneholde forkortelsen "SPE" og skal fastsettes i selskapets vedtekter sammen med navn og adresse på selskapets stiftere. I forbindelse med stiftelsen av SPE skal også den nominelle verdi av andelene som stifterne er innehavere av, samt selskapets aksjekapital fastsettes i selskapets vedtekter. Aksjonærene må innbetale aksjekapitalen fullt ut i forbindelse med stiftelsen. Senere kan aksjekapitalen forhøyes eller nedsettes etter reglene bestemt i forordningen. Etter norsk rett skal aksjeselskapet tilsvarende vedtektsfeste aksjekapitalens størrelse, jf. asl. § 2-2.

2.2.1 Ingen krav til grenseoverskridende virksomhet

Fordi SPE kan stiftes uten at det er noe krav om grenseoverskridende element, kan selskapet stiftes av en eller flere personer som alle er hjemmehørende i en EU-stat, i motsetning til SE-selskapet, som må stiftes av minst to selskaper hjemmehørende i hver sin EU-/EØS-stat.³² Som nevnt ovenfor blir dermed SPE-selskapet et alternativ til de nasjonale selskapsformer, f. eks. aksjeselskapet. I praksis etablerer virksomhetseiere normalt en virksomhet i sin egen medlemsstat, før de utvider aktiviteten til andre land. Et krav om grenseoverskridende aktivitet fra starten av ville merkbart redusere denne selskapsforms

³¹ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 61

³² Jf. Tore Bråthen, *Societas Privata Europea-SPE*, *Magma* (2008) s. 23.

potensial.³³ Dessuten ville et grenseoverskridende element lett kunne omgås, og overvåkning og håndhevelse vil pålegge medlemsstatene en urimelig byrde.

2.2.2 Registrering

Forordningen fastlegger ikke en særlig registreringsprosedyre for SPE-selskapet, men bygger på bestemmelsene i første selskapsdirektiv (68/151/EØF). Direktivet tar sikte på å samordne reglene om offentliggjøring (registrering) av sentrale opplysninger om selskapene. Første selskapsdirektiv ble endret ved rådsdirektiv 2003/58/EF av 15. juli 2003 med tanke på den teknologiske utviklingen skal kunne skje elektronisk registrering av selskapsopplysninger.³⁴

Registrering skal skje etter reglene i nasjonal lovgivning i henhold til art. 3 i direktivet. Selskapet skal registreres i et register som er utpekt av nasjonal rett, jf. forordningen art. 9. For norsk retts vedkommende skal selskapet registreres i Foretaksregisteret, og får da status som juridisk person fra den dato hvor selskapet opptas i registeret. Som hovedregel skal alle foretak være registrert i Foretaksregisteret, uansett om det dreier seg om norske eller utenlandske foretak. Registreringsreglene for norsk foretak kommer til anvendelse hvis foretakets "hovedkontor" er i Norge, og utenlandsk foretak plikter å registrere seg hvis de driver "næringsvirksomhet" i Norge i form av filial.³⁵

Forslaget til forordningen innebærer at Foretaksregisteret ved nyregistrering av et SPE-selskap, må gå gjennom selskapets vedtekter for å kontrollere at selskapet regulerer alle spørsmål som forordningen krever vedtektsregulert.³⁶ Hva dette vil komme til å bety i praksis, er for tidlig å si. Muligens kan det komme til å medføre en del merarbeid knyttet til selskapsregistreringen, og lengre behandlingstid i Brønnøysundregistrene enn ved

³³ Se forordningen punkt 4 (under "subsidiary and proportionality").

³⁴ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 45.

³⁵ Jf. fregl. §§ 1-2 og 2-1 første ledd og fregl. §§ 2-1 annet ledd og 3-8.

³⁶ Jf. Bakgrunn (fra EØS-notatet), se <http://eos-saker.org/?q=node/1322>.

nyregistrering av et norsk AS. I hvilken grad forordningen får slike virkninger kan blant annet avhenge av hva som blir innholdet i den endelige forordningen (se nærmere nedenfor om utarbeidelse av standardvedtekt, avsnitt 3.1).

SPE-forordningen legger for øvrig opp til at registrering av SPE skal være meget enkel og lite tidkrevende, jf. art. 10. For det første skal det være mulig å registrere et SPE elektronisk. For det andre inneholder forordningen en fullstendig fortegnelse over dokumenter og opplysninger som medlemsstatene maksimalt kan kreve i forbindelse med registreringen. Dette er blant annet selskapets navn og adressen på dets vedtektsmessige hjemsted, SPE-selskapets selskapskapital, kategorier av aksjer og SPE-selskapets vedtekter. Det er et krav om en enkel lovlighetskontroll i forbindelse med registreringen. Det vil si at det må foreligge kontroll av et administrativt organ (eller en rettsinstans) av lovligheten av dokumenter og opplysninger vedrørende SPE-selskapet, jf. art. 24.4. Dette skal beskytte kreditorenes interesser og motvirke at SPE utnyttes av useriøse aktører.

Dersom handlinger ble utført i SPE-selskapets navn før selskapets registrering, kan SPE-selskapet påta seg de forpliktelser som følger av disse handlinger etter selskapets registrering. Dersom SPE-selskapet ikke påtar seg disse forpliktelsene vil, *"the persons who performed those acts... be jointly and severally liable, without limit"*, jf. art. 12. En tilsvarende regel finnes i aksjeloven § 2-20 annet ledd.

2.2.3 Hjemsted

Selskapet har sitt hjemsted i den medlemsstat, hvor selskapet er registrert. Det følger av art. 7 at et SPE ikke er forpliktet til å ha sitt hovedforretningssted i den stat hvor selskapet har sitt vedtektsmessige hjemsted. SPE kan således velge å ha sitt registrerende hjemsted i en medlemsstat, mens selskapets hovedsete plasseres i en annen medlemsstat. Dermed er forslaget, i motsetning til SE-forordningen, i tråd med EF-domstolens avgjørelse i Centros. Forslaget til SPE-forordning skiller seg her fra SE-forordningen.³⁷

³⁷ Jf. Mette Neville, Det Europeiske Anpartsselskab, *NTS* (2008) s. 55.

Det følger imidlertid av forordningen art. 7 at et SPE-selskap må ha sitt vedtektsmessige hjemsted og hovedkontor eller hovedforretningssted "*in the Community*" (EU/EØS).

Dette er noe uklart hvordan denne utflyttings-situasjonen bedømmes etter norsk rett. Etter EF-domstolens avgjørelse i C-81/87 *Daily Mail*, er det usikkert om EU-retten krever at et selskap som er stiftet i henhold til en stats lovgivning, skal kunne flytte sitt hjemsted til en annen EU- eller EØS- stat uten hensyn til stiftelsesstatens selskapsrettslige lovgivning om dette. Det har vært antatt å stenge for utflytting der stiftelsesstatens selskapsrettslige lovgivning er til hinder for dette.³⁸ Men etter EF-domstolens dom i C-411/03 *Sevic*, som gjaldt grenseoverskridende fusjon, er det imidlertid tvilsomt om den tidligere oppfatning om at selskaper ikke kan flytte sitt hjemsted uten hensyn til stiftelsesstatens lovgivning, kan opprettholdes.³⁹ Her bekreftet EF-domstolen adgangen til å foreta grenseoverskridende fusjoner med utgangspunkt i den frie etableringsretten. En endelig avklaring til EF-domstolens ordning til utflyttingssituasjonen vil formentlig komme i C-210/06 *Cartesio*, som skal avgjøres av EF-domstolen med det første.

³⁸ Her var saken at et engelsk selskap (*Daily mail*) skulle foreta en rekke transaksjoner som ville medføre beskatning. Transaksjonene ville blitt vesentlig lavere beskattet i Nederland, og selskapet ønsket derfor å flytte det skattmessige hjemsted til Nederland. Samtidig ønsket selskapet å beholde sitt engelske selskapsstatutt. Etter engelsk lov krevde en slik flytting samtykke fra engelske myndigheter, noe selskapet mente var i strid med etableringsretten. EF-domstolen kom til at etableringsretten ikke gav selskapet vern mot at hjemstatens interne regler begrenser utflyttingsadgangen. EF-domstolen fastslo at det vil være nødvendig med europeisk regulering for at en slik flytting skal være mulig.

³⁹ Se *Sevic*-dommen (C-411/03), som med utgangspunkt i etableringsretten bekrefter adgangen til å foreta grenseoverskridende fusjoner, antas imidlertid å stenge for at denne delen av hovedseteteorien kan legges til grunn.

Den direkte reguleringen i forordningen vil bety at et SPE registrert i Norge, i motsetning til det norske AS kan velge å flytte ledelsens sete til utlandet.⁴⁰

2.2.4 Filialer

Det følger av forordningen art. 13 at filialer av et SPE-selskap er underlagt lovgivningen i den medlemsstat hvor filialen er beliggende. Opprettelse av en filial er i likhet med stiftelse av et datterforetak en av mulighetene som et selskap har for å utøve sin rett til å etablere seg i en annen medlemsstat. Videre følger det av forordningen at ellefte rådsdirektiv 89/666/EØF kommer til anvendelse. Filialdirektivet inneholder regler om hvilke krav EU-/EØS-statene kan oppstille i forhold til selskaper fra andre fra andre EU-/EØS-stater, som gjør bruk av etableringsfriheten til å etablere filialer.⁴¹ For å sikre beskyttelsen av personer som kommer i forbindelse med selskapet gjennom filial, er det etter filialdirektivet nødvendig å sette i verk offentlighetsskapende tiltak i staten der filialen er beliggende. Dette betyr at filialen skal offentliggjøres i det lands register der filialen er oppført.

2.2.5 Vedtektene

SPE-selskapets vedtekter skal være skriftlige og underskrevet av hver enkelt stifter, jf. art. 8. Vedtektene avgjøres som hovedregel ved selskapsdeltakerens flertall, men noen av vedtektene krever kvalifisert flertall (det vil si 2/3 flertall) av selskapets aksjonærer, se nærmere avsnitt 2.6. SPE-forordningen krever imidlertid ikke at det avholdes generalforsamling med fysisk tilstedeværelse, men dette kan avtales i selskapets vedtekter. For norsk retts vedkommende skal vedtektsendring besluttet av generalforsamlingen med kvalifisert flertall, jf. asl. § 5-18 første ledd.

⁴⁰ Selv om det imidlertid etter norsk rett ikke finnes noen bestemmelser som uttrykkelig hindrer selskapet å ha sin hovedadministrasjon i utlandet, se nærmere Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper* s. 702, se også Mette Neville, *Det Europæiske Anpartsseskap, NTS* (2008) s. 55.

⁴¹ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 47.

Man kan si at vedtektene er mer eller mindre selskapets ”grunnlov”. Dette er fordi vedtektene er bindende for selskapets organer og aksjeeiere, både de aksjeeiere som var til stede og har stemt over vedtektene og de som har ervervet aksjer senere. I visse tilfeller er vedtektene også bindende for tredjemenn. I forhold til tredjemann følger nærmere bestemmelser av første rådsdirektiv 68/151/EØF, se nærmere avsnitt 2.2.7.

2.2.6 Offentliggjørelse

Det følger av forordningens art. 11 at offentliggjørelse av dokumenter og opplysninger vedrørende et SPE-selskapet skal skje i henhold til gjeldende nasjonal rett som gjennomfører art. 3 i direktiv 68/151/EØF. Dette innebærer at et SPE skal registreres i et offentlig register i medlemsstaten SPE`et stiftes. Det skal videre opprettes en saksmappe hvor alle dokumenter og opplysninger som er undergitt offentlighet, skal finnes.

2.2.7 I forhold til tredjemann

Det følger av selskapsdirektivet 68/151/EØF art. 3 at selskapet kan påberope seg dokumentene overfor tredjemann først etter at de er offentliggjort. Det finnes imidlertid en begrensning for transaksjoner som har funnet sted ”før den sekstende dag etter dagen for offentliggjøringen”. Her kan dokumentene og opplysningene likevel ikke påberopes overfor tredjemann dersom han godtgjør at det var umulig for ham å ha kjennskap til dem. Dette betyr at man skal ha tid til å bli kjent med selskapets opplysninger og dokumenter, samt å innrette seg etter dem innen en normal frist.

2.3 Aksjer

SPE-forordningen gir aksjonærene stor frihet til å bestemme i vedtektene hvilke rettigheter og forpliktelser som skal følge av aksjene (se avsnitt 4).

2.3.1 Krav til aksjeeierbok

Selskapets ledelsesorgan skal utarbeide en aksjeeierbok, jf. art. 15. Aksjeeierboken skal blant annet inneholde; navn og adresse på hver aksjonær, antall aksjer per aksjeeier og deres nominelle verdi, tidspunktet på ervervelse av aksjene og beløpet for ethvert innskudd i kontanter som selskapsdeltaker skal innbetale, eller verdien av arten av eventuelt innskudd i form av naturalier. Dersom en aksje eies av flere personer i sameie, skal navn og adresse på medeier også fastsettes.

Aksjeeierboken oppbevares av ledelsesorganet, som skal være tilgjengelig for aksjeeierne og tredjepersoner, jf. art. 15 nr.3.

Får ledelsesorganet meddelelse om en overdragelse av aksje (se mer om dette nedenfor), skal vedkommende straks innføres i aksjeeierboken. Det må ikke finnes tvil om at vedkommende er den rettmessige eier av andelen. Med forbehold for dette er enhver overdragelse gyldig i forhold til SPE-selskapet fra den dato hvor selskapsdeltakeren gir SPE-selskapet melding om overdragelsen. I forhold til tredjemann er overdragelsen gyldig fra den dato hvor selskapsdeltakeren er registrert i aksjeeierboken. Personer som erverver andeler i god tro, er beskyttet av nasjonal rett.⁴² Etter norsk rett er kravet til aksjeeierbok regulert i aksjeloven § 4-5.

2.4 Aksjekapital

Aksjekapitalens størrelse i SPE-selskapet har vært omdiskutert, og jeg skal i det følgende redegjøre for de to forskjellige forslag som forligger per dags dato.

Ifølge forordningen art. 19 nr. 4 skulle aksjekapitalen i et SPE-selskap påtenkt å være minst 1 euro. Forslaget avviker fra det tradisjonelle syn, hvor kravet om en stor minimumskapital er en måte å sikre kreditorenes beskyttelse. Dette betyr at et SPE kan selv bestemme hvor stor aksjekapital selskapet skal ha, og tilpasse aksjekapitalens størrelse etter selskapets

⁴² Jf. forordningen art. 16 nr 5.

kapitalbehov. Muligheten til å opprette et selskap der man i realiteten ikke påtar seg noen økonomisk risiko, vil være fristende for mange potensielle selskapsstiftere.⁴³

Under arbeidet med forslaget til det europeiske aksjeselskap har det etter sterk kritikk og bekymring om at det nærmest ikke-eksisterende kapitalkravet ville tiltrekke seg useriøse aktører, blitt diskutert om selskapet skulle ha en minste aksjekapital på 10 000 euro.⁴⁴ Forslaget er tenkt som en slags seriøsitetssperre, det vil si at useriøse aktører ikke så lett kan komme på banen. Det er en oppfatning om at oppjustering av kapitalkravet vil føre til at selskapet vil bli oppfattet som mer seriøst, og at flere kreditorer tar sjansen på å investere i selskapet fordi kreditorbeskyttelsen er større.

Uenigheten gjenspeiler to ulike tradisjoner for tilnærming til aksjekapitalen i selskaper av AS-typen.⁴⁵ Tradisjonelt har Tyskland og Norge bygget på at selskaper med begrenset ansvar skal ha en bunden aksjekapital av en viss størrelse. Et norsk aksjeselskap skal ha en aksjekapital på minst 100 000 norske kroner, jf. asl. § 3-1. Motsetningen utgjøres av blant annet England hvor det i engelske "public limited companies" (som minner om norske AS) ikke er noen krav til minste aksjekapital. Tyskland har imidlertid nylig vedtatt endringer i GmbH-Gesetz, hvor det tradisjonelle kravet til aksjekapital langt på vei avskaffes for små selskaper.⁴⁶

En av fordelene bak lavt kapitalkrav er at flere kan våge å starte opp en ny virksomhet. Dette kan føre til en generell økning av levedyktige foretak som også vil ha positiv effekt på næringsliv i form av flere arbeidsplasser og økte inntekter til staten i form av skatt og avgifter. Synspunktet støttes av slagordet for reformen av engelsk selskapslovgivning, "think small first". Målet er at flere skal våge å stifte selskaper ved å gjøre både stiftelsen og driften av selskapet enklere og billigere.

⁴³ Jf. Lena Johnsen, "Norsk filial av Utenlandsk Foretak-NUF", *NTS* (2007) s. 30.

⁴⁴ Se Europaisches parlament (2008/0130(CNS)) s. 17/42.

⁴⁵ Jf. Tore Bråthen, Bør kravet om minste aksjekapital avskaffes for aksjeselskaper? *Magma* (2007) s. 20.

⁴⁶ Jf. Tore Bråthen, Societas Privata Europaea-SPE, *Magma* (2008) s. 24.

Fraværet av krav til minste aksjekapital kan på den annen side gi selskapet lavere kredittverdighet, enten i form av lån til høyere rente eller krav til garanti. Dette er fordi det er en utbredt oppfatning om at aksjekapitalen har en selvstendig betydning som dekningsobjekt for selskapskreditorene. Selv om innskudd av aksjekapital er bundet i selskapet som en slags buffer, og det ikke kan tilbakeføres fritt til eierne, er det ikke noen egentlig garanti for at kreditorene får dekket sine krav. Dette er fordi aksjekapitalen ikke trenger å stå urørlig på konto, den kan brukes til investeringer og drift av selskapet. Det er kun på selskapets aller første dag at selskapets aksjekapital må være til stede.⁴⁷ Aksjekapitalen vil ofte være selskapets driftskapital, som kan brukes opp eller gå tapt, og er aksjeinnskuddet et tingsinnskudd, kan verdien av gjenstanden reduseres etter hvert som den blir slitt eller synker i verdi.

Undersøkelser viser at kreditorer ikke kun ser på kapitalstørrelsen, men på andre aspekter som "cash-flow" som er mer relevant for solidariteten.⁴⁸ Dessuten krever ofte banken gjerne at aksjeeierne stiller personlig garantier, som f.eks. i form av kausjonserklæringer. Dette er fordi særlig i mindre virksomheter kan det være vanskelig å få fremmedfinansiering til drift av virksomheten. Også leverandører benytter seg vanligvis av andre betalingsmåter for å sikre deres tilgodehavende, ved for eksempel å sikre seg at eierskapet til varer kun overgår ved betaling.

Det er ofte umulig å fastsette en passende kapitalstørrelse for alle selskaper, da kapitalbehovet er forskjellig fra selskap til selskap. Dette skyldes at virksomheter har forskjellige kapitalbehov avhengig av deres aktiviteter. Kapitalkravet er formelt i den forstand at det ikke stilles noe krav om at størrelsen av egenkapitalen skal tilpasses den aktivitet selskapet driver. Det er selskapsdeltakerne som har de beste forutsetninger for å fastlegge kapitalbehovet i deres selskap.⁴⁹

⁴⁷ Jf. Tore Bråthen, Bør kravet om minste aksjekapital avskaffes for aksjeselskaper? *Magma* (2007) s. 21.

⁴⁸ Jf. forordningen kap. IV side 5.

⁴⁹ Se forordningens punkt 7 kap. IV (under "Explanation of the proposal").

Det sentrale for selskapskreditorene er egenkapitalens størrelse og ikke størrelsen på aksjekapitalen.⁵⁰ Dette taler for at SPE-forordningens opprinnelige krav til aksjekapital på 1 euro bygger på en realistisk tilnærming til hvilken betydning aksjekapitalen har som kreditorbeskyttelse, samtidig som seriøsitetssperren som er hensynet bak oppjusteringen av kapitalkravet virker noe lite gjennomtenkt.

2.5 Regnskapsplikt

Det følger av forordningen art. 25 at SPE er underlagt kravene i nasjonal rett når det gjelder regnskap. Ledelsesorganet skal føre SPE-selskapets regnskap, som reguleres av nasjonal rett.

2.6 Selskapets organisasjon

SPE-forordningen legger opp til at aksjeeierne skal ha stor frihet til å utforme selskapsforholdet etter egne behov og ønsker, se nærmere nedenfor.

2.6.1 Selskapsdeltakernes beslutningsrett

Forordningen stiller opp enkelte retningslinjer for den interne organiseringen i et SPE som skal reguleres i selskapets vedtekter. Ledelsesorganet kan treffe beslutning i alle saker som ikke ifølge forordningen eller vedtektene skal treffes av selskapsdeltakerne, jf. art. 26. Det følger av art. 27 hvilke beslutninger som skal treffes av selskapsdeltakerne. En god del spørsmål skal treffes med kvalifisert flertall som blant annet er; variasjon i de rettigheter som knytter seg til andelene, utelukkelse og avsettelse av en selskapsdeltaker, nedsettelse av selskapets kapital, flytting av selskapets vedtektsmessige hjemsted, omdannelse, fusjon, fisjon og avvikling av selskapet.

⁵⁰ Jf. Tore Bråthen, Bør kravet om minste aksjekapital avskaffes for aksjeselskaper? *Magma* (2007) s. 22.

Videre skal det avgjøres en god del spørsmål med alminnelig flertall av selskapets aksjonærer som blant annet er; godkjenning av årsregnskap, utdeling til selskapsdeltakerne, erverv av egne andeler, innløsning av andeler, forhøyelse av kapital, utnevnelse og avsettelse av medlemmer av ledelsesorganet og deres mandantperiode og utnevnelse og avsettelse av revisor dersom selskapet har dette.

Det følger av forordningen at beslutningene som nevnt ovenfor skal offentliggjøres.⁵¹ Forordningen krever ikke at beslutningene treffes på generalforsamling, men dette kan reguleres i selskapets vedtekter.

Forordningen art. 27 inneholder en rekke formalia omkring beslutninger truffet av aksjonærene, f.eks. omkring utarbeidelse av forslag, og på hvilken måte selskapsdeltakerne fremskaffer alle øvrige forberedende dokumenter i relasjon til vedtakelsen av en beslutning. Men langt de fleste forhold fastlegges etter Annex 1 Chap.V i selskapets vedtekter, se avsnitt 6.

2.6.2 Alminnelige plikter og ansvar for medlemmer av ledelsesorganet

SPE-selskapet skal ha et ledelsesorgan som er ansvarlig for selskapets ledelse.

Det følger av SPE-forordningen art. 31 at medlem av ledelsesorganet har plikt til å ivareta selskapets interesser best mulig. Selskapets ledelse skal

”...act with the care and skill that can reasonable be required in the conduct of a business”.

I henhold til SPE-selskapets vedtekter skal et medlem av ledelsesorganet unngå enhver situasjon som med rimelighet vil kunne forventes å utløse en faktisk eller potensiell konflikt mellom vedkommendes personlige interesser og SPE-selskapets interesser. Forordningen gir ikke de enkelte selskapsdeltakerne eller kreditorer rett til å anlegge sak

⁵¹ Se forordningen art. 27 punkt 6.

mot medlemmene av ledelsesorganet i tilfelle av en konflikt. Samtidig er et medlem av ledelsesorganet ansvarlig overfor SPE-selskapet for enhver handling eller unnlatelse i form av mislighold av vedkommendes plikter som følger av forordningen, vedtektene eller deltakerbeslutning som pådrar selskapet tap eller skade. Er misligholdet begått av flere medlemmer av ledelsen, hefter alle medlemmene solidarisk, jf. art. 31 pkt. 4.

2.6.3 Aksjonærens plikter

Det finnes ingen særlige bestemmelser i forordningen om aksjonærenes plikter i forhold til SPE-selskapet. Det synes overraskende at det i vedtektene ikke skal tas stilling til en av de mest relevante spørsmål i SMB`er, nemlig aksjonærenes lojalitetsplikt.⁵² Lojalitetsplikten går kort ut på at selskapsdeltakerne skal lojalt samarbeide for å fremme selskapets formål på en slik måte at den enkelte aksjonær må avstå fra å utnytte selskapet, f.eks. ved å utøve konkurrerende virksomhet eller å bryte en eventuell taushetsplikt.

2.7 Aksjonær- og minoritetsbeskyttelse

Ved at beslutninger treffes med flertallsvedtak, må en minoritet som hovedregel finne seg i å bli nedstemt i saker der majoriteten er av en annen oppfatning. En minoritet er en gruppe aksjeeiere som representerer mindre enn 50 % av stemmene. En minoritet er ytterst følsom overfor majoritetens utnyttelse av de rettigheter som i følge loven er tillagt majoriteten, som f.eks. tilbakeholden utbyttepolitikk. For minoriteten vil ofte problemet forsterkes fordi den har begrenset mulighet til å komme ut av selskapsforholdet. Dette skyldes at aksjer i aksjeselskap normalt ikke er gjenstand for vanlig markedsmessig omsetning.⁵³ Konfliktene har også typiske alvorlige personlige konsekvenser for eierne, da de ofte har store investeringer i selskapet og har deres hovedinntekt fra selskapet, samt ofte et følelsesmessig engasjement i selskapet. Bryter samarbeidet sammen, er det ikke, som i store børsnoterte selskaper, et spørsmål om en passiv kapitalinvestering, men et spørsmål

⁵² Jf. Mette Neville, *Det Europæiske Anpartsselskab, NTS* (2008) s. 65.

⁵³ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 62.

om eierens levebrød.⁵⁴ Konflikters livstruende karakter medfører et akutt behov for at man aktivt forsøker å forebygge konflikter gjennom effektive løsningsmodeller. SPE-forordningen inneholder en rekke aksjonærbeskyttelsesregler som til en viss grad tar høyde for de nevnte utfordringer.

2.7.1 Rett til å få fremlagt en beslutning

Selskapsdeltaker som besitter 5 % av de stemmerettigheter som knytter seg til selskapets aksjer, har rett til å fremlegge en beslutning for aksjonærene, jf. art. 29 nr. 1. Selskapsdeltakeren skal angi begrunnelsen og anføre hvilke saker som bør behandles til ledelsesorganet. Dersom ledelsen avviser oppfordringen, eller ikke fremsetter et forslag senest 14 kalenderdager etter mottagelsen av oppfordringen, kan selskapsdeltakeren pålegge de andre aksjonærene å fremlegge et forslag om de pågjeldende saker. En tilsvarende rett finnes etter aksjelovent § 5-11, hvor en aksjeeier har rett til å få behandlet spørsmål på generalforsamlingen som han eller hun melder skriftlig til styret. Beslutninger som blir vedtatt, skal registreres skriftlig, og sendes til hver enkelt aksjonær.

2.7.2 Aksjonærenes informasjonsrett

Etter forordningen art. 28 har aksjonærene en utvidet informasjonsrett omkring årsregnskapet, beslutninger og andre forhold i relasjon til selskapets aktiviteter. Selskapsdeltakerne kan derfor henvende seg til ledelsen dersom de har spørsmål vedrørende denne informasjonen, men dersom det gjelder spørsmål som er til skade for selskapets forretningsmessige interesser, kan ledelsesorganet avvise å svare på spørsmål.⁵⁵

⁵⁴ Jf. Mette Neville, Det europeiske Anpartsselskap, *NTS* (2008) s. 62.

⁵⁵ Se forordningen art. 28 nr 2.

2.7.3 Granskning

Dersom mistanke om grov overtredelse av lovgivningen eller av selskapets vedtekter foreligger, kan selskapsdeltaker som eier 5 % av de stemmerettigheter som knytter seg til selskapets aksjer oppfordre den administrerende myndighet til å utpeke et uavhengig organ til å granske selskapet og avlegge rapport om resultatet til selskapsdeltakerne, jf art. 29 nr. 2. Det uavhengige organet skal gis adgang til selskapets dokumenter og kan videre forlange opplysninger fra selskapets ledelse dersom dette skulle være av interesse. Et eksempel på grov overtredelse kan være dersom selskapsorganene foretar seg noe som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning. Urimeligheten kan bestå i at beslutningen er egnet til å begunstige visse aksjeeiere. I praksis omfatter dette særlig fordeler av økonomisk art, typisk utdelinger, eller at majoritetens særinteresser tilgodeses ved ytelser fra selskapet, ved for eksempel et gunstig lån. En tilsvarende rett til å granske selskapet finnes i aksjeloven § 5-25.

Granskning av selskapet vil pålegge SPE-selskapet betraktelige kostnader. En løsning på problemet kan derfor være å gi aksjonærene en tilsvarende rett til å selv etterforske selskapet. Aksjonærene kan på eget initiativ bruke et uavhengig organ hvis nødvendig.⁵⁶ SPE-selskapets interesser er tilstrekkelig beskyttet gjennom retten til å avvise å gi adgang til opplysninger i art. 28.2. Det er således blitt foreslått av den uavhengige ekspertgruppen på europeisk selskapsrett (Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht) å slette art. 29 og i stedet innføre i art. 28.1:

”The shareholders shall have the right to be duly informed about resolutions, annual accounts and all other matters relating to the activities of the SPE. They may ask the management body of the SPE questions relevant to the said subjects and inspect the books and documents of the company.”

⁵⁶ Se nærmere Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (SPE) s. 9.

2.7.4 Utelukkelse

Selskapet kan utelukke en aksjonær fra selskapet dersom vedkommende har påført SPE-selskapets interesser stor skade, eller aksjonærens fortsatte medlemskap av selskapet skader selskapets drift, jf. art. 17. Saken skal innbringes for retten senest 60 kalenderdager etter selskapets beslutning. Retten kan avgjøre hvorvidt saksøkte ikke skal utøve rettighetene som aksjeeier, herunder om stemmerett eller andre ikke-pengemessige rettigheter foreløpig skal stanses inntil det er truffet endelig avgjørelse. Det er retten som avgjør om vedkommendes aksjer skal overtas av de øvrige selskapsdeltakerne eller av SPE-selskapet, samt prisen på aksjene. En tilsvarende regel finnes i aksjeloven § 4-25, hvor også "*andre tungtveiende grunner som tilsier at aksjeeieren skal utløses*" kan gjøres gjeldene.

2.7.5 Rett til uttreden

En selskapsdeltaker har unntaksvis rett til å tre ut av selskapet, jf. art. 18. En selskapsdeltaker har rett til å tre ut såfremt selskapets aktiviteter har medført alvorlig skade på aksjonærenes interesser i forbindelse med et eller flere av følgende forhold:

- a) SPE-selskapet har blitt fratatt en betydelig del av sine aktiver
- b) SPE-selskapets vedtektsmessige hjemsted er flyttet til en annen medlemsstat
- c) SPE-selskapets aktiviteter har endret seg vesentlig
- d) det ikke har blitt betalt utbytte i minst tre år selv om SPE-selskapets finansielle situasjon ville ha tillatt det

Aksjonæren skal meddele skriftlig begrunnelsen for sin uttreden til SPE-selskapet. Såfremt de øvrige aksjonærer etter påstand om innløsning ikke innløser aksjonæren, kan den kompetente rett på anmodning fra aksjonæren avgjøre hvorvidt det foreligger en uttredelsesrett. Retten skal avgjøre hvorvidt vedkommendes aksjer skal overtas av de øvrige selskapsdeltakerne eller av SPE-selskapet selv. Oppstår det en tvist på prisen på aksjene skal verdien fastsettes av et uavhengig organ utpekt av aksjonærene. Såfremt de ikke blir enige, fastlegges verdien på aksjene av retten, jf. art. 18.5. En tilsvarende rett til uttreden finnes i aksjeloven § 4-24.

2.8 Flytting av SPE-selskapets vedtektsmessige hjemsted

Det følger av forordningen art. 35 at flytting av SPE-selskapets vedtektsmessige hjemsted ikke medfører *”winding-up of the SPE or in any interruption or loss of the SPE’s legal personality”*. Noe av hensikten bak å opprette SPE er at selskapet skal kunne flyttes til en annen EU- /EØS-stat uten å være nødt til å gjennomføre en avvikling og uten at det blir en for tungvint prosess med for store kostnader. Den nye staten som SPE-selskapets vedtektsmessige hjemsted flyttes til, vil heretter bli kalt *”vertsstaten”*.⁵⁷ Flytting av SPE-selskapet vil ikke berøre rettigheter eller plikter i en eventuell kontrakt som selskapet har inngått før flyttingen.

Ledelsesorganet skal utarbeide et forslag om flytting som skal inneholde sentrale opplysninger som blant annet; SPE-selskapets navn og adresse på dets vedtektsmessige hjemsted i hjemlandet, navn og adressen på det påtenkte hjemsted i vertsstaten, de påtenkte vedtekter, den påtenkte tidsplan for flyttingen, fra hvilken dato det påtenkes at selskapets transaksjoner til regnskapsmessige formål skal anses utført i vertsstaten og flyttingens konsekvenser for medarbeiderne, jf. art. 36. En flytting får virkning fra datoen for SPE-selskapets registrering i vertsstaten.⁵⁸ Fra den datoen hører selskapet under den nye statens nasjonale lovgivning, dersom et forhold ikke er omfattet av SPE-forordningen, jf. art. 4. Den endelige beslutningen om flytting skal gjøres tilgjengelig for kreditorene for inspeksjon.

SPE-selskapets ledelsesorgan skal utarbeide en rapport til selskapsdeltakerne hvor begrunnelsen og forklaring på rettslige og økonomiske aspekter ved flyttingen skal fremgå. Rapporten skal sendes til selskapsdeltakerne og medarbeiderrepresentanter og skal deretter godkjennes av aksjonærene med kvalifisert flertall.⁵⁹ Spesielt med tanke på beskyttelse av

⁵⁷ Begrepet er nærmere definert i forordningen art. 2.

⁵⁸ Se forordningen art. 35 nr 3.

⁵⁹ Jf. forordningen art. 27 bokstav p.

minoritetsaksjonærer og selskapets kreditorer som motsetter seg flyttingen, skal dette reguleres av hjemlandets lovgivning, jf. art. 36.6.

2.8.1 Etterprøving av flyttingens lovlighet

Etter at et SPE-selskap har flyttet til en annen stat, skal det utpekes en kompetent myndighet til å etterprøve lovligheten av flyttingen, jf. art. 37. Dette betyr at flyttingsprosedyren skal være overholdt, og hvis dette er tilfelle skal det utarbeides en attest som bekrefter dette. Til slutt må visse dokumenter fremlegges den kompetente myndighet før tillatelse av registrering i den nye staten kan bli gitt. Disse dokumentene skal inneholde attesten som bekrefter at flyttingsprosedyren er overholdt, de foreslåtte vedtekter for SPE-selskapet i vertsstaten og forslaget om flytting som er godkjent av aksjonærene med kvalifisert flertall. Den kompetente myndighet skal senest fjorten kalenderdager etter mottagelsen av de dokumenter som nevnt ovenfor, kontrollere at de formelle og materielle betingelser for flyttingen av det vedtektsmessige hjemsted er oppfylt, og i så fall registrere SPE-selskapet. SPE-selskapet skal slettes i registeret i hjemlandet og registreres i vertsstaten, som skal videre offentliggjøres.

Dersom SPE-selskapet ikke oppfyller de materielle og formelle betingelser for flyttingen av det vedtektsmessige hjemsted, kan den kompetente myndighet i den nye staten avvise å registrere selskapet.

2.8.2 Særlig i forhold til medarbeiderinnflytelse

Forordningen inneholder bestemmelser om en særlig ordning når et SPE-selskap flytter til en stat hvor det ikke finnes noen eller samme rett til å utøve medbestemmelsesrett som selskapet hadde før flyttingen.

Utgangspunktet er at fra datoen for registreringen er selskapet underlagt eventuelle gjeldende medarbeiderinnflytelse i vertsstaten, jf. art. 38 (1). Men dette gjelder ikke dersom SPE-selskapets medarbeidere i hjemlandet utgjør minst en tredel av SPE-selskapets

samlede antall medarbeidere, herunder i selskapets datterselskaper eller filialer i andre medlemsstater. Videre må en av følgende betingelser være oppfylt:

- a) lovgivningen i vertsstaten ikke inneholder lovregler om minst det samme nivå av medbestemmelse i hjemlandet forut for selskapets registrering i vertsstaten⁶⁰, eller
- b) vertsstatens lovgivning ikke gir medarbeiderne i SPE-selskapet samme medbestemmelsesrett som de hadde før flyttingen.

Når en av disse betingelsene er oppfylt, tar ledelsesorganet de nødvendige skritt for å innlede forhandlinger med representanter for SPE-selskapets medarbeidere, med henblikk på å inngå en avtale om ordninger for medarbeidernes medbestemmelse. Dette innebærer at blant annet det antall medlemmer i selskapets administrative organ som medarbeiderne har rett til å utnevne og deres rettigheter knyttet til medarbeiderbestemmelsesretten, skal fastlegges. Til slutt skal avtalens ikrafttredelsesdato, varighet og situasjoner hvor avtalen bør reforhandles fastsettes. Forhandlingene skal begrenses til et tidsrom på seks måneder, men det kan avtales å forlenge forhandlingene med ytterligere seks måneder. Inngås det ikke en avtale mellom ledelsesorganet og medarbeiderrepresentantene opprettholdes de ordninger for medbestemmelse som finnes i hjemlandet, jf. art. 38 pkt. 6.

2.9 Omstrukturering

Det følger av forordningen art. 39 at omdannelse, fusjon og fisjon reguleres av gjeldende nasjonal rett. Konsekvensene av dette skal dermed belyses i forhold til reglene etter aksjeloven.

⁶⁰ Nivået av medbestemmelsen måles ved andelen av medarbeiderrepresentanter blant medlemmene av de administrasjons- eller tilsynsorganer, utvalg eller ledelsesgrupper som er omfattet av medbestemmelse.

2.9.1 Omdannelse

Omdannelse av et selskap til en annen selskaps eller eierform forutsetter som alminnelig regel at selskapet i tilfelle må oppløses først og deretter nystiftes etter reglene for den selskaps- eller eierform selskapet skal omdannes til. Dette vil innebære at dersom et aksjeselskap skal omdannes til et SPE-selskap, må selskapet oppløses og deretter stiftes etter reglene i SPE-forordningen. Dette gjøres ofte ved at aksjeselskapet overføres med bokførte verdier som aksjekapital til et nystiftet SPE-selskap. Når det gjelder omdannelse av aksjeselskap til allmennaksjeselskap og omvendt, kan omdanning skje etter forenklede regler, uten å måtte gå veien om oppløsning og avvikling, jf. asl. § 15-1.

Beslutning om å omdanne SPE-selskapet krever kvalifisert flertall av selskapsdeltakerne, jf. art. 27. 2. Endring av selskapsform reiser flere kompliserte skattespørsmål, og nettopp bedømmelsen av disse kan være avgjørende for om en omdannelse er i selskapets interesse.⁶¹

2.9.2 Fusjon

En fusjon betyr sammenslåing av selskaper, og formålet er ofte å skape en større og mer slagkraftig virksomhet, ved å spare omkostninger, øke effektiviteten, produksjonen og markedsføringen. Fusjon av selskaper er regulert i aksjeloven kap. 13. De sentrale reglene om fusjon etter aksjeloven er bygget på et kontinuitetsprinsipp, dvs. at selskapene ikke oppløses og avvikles, men integreres på en forenklet måte. En fusjon gir vanligvis ikke selskapsdeltakerne rett til å fragå eksisterende kontraktsforhold, eller kreve sine aksjer innløst. Heller ikke kreditorene har rett til å si opp lån og kreve fordringer innfridd. Dette er fordi fusjon anses selskapsrettslig som en videreføring av de tidligere selskapets virksomheter. Etter aksjeloven er det fire former for fusjon, hvor en av måtene er fusjon ved nystiftelse, se asl. § 13-2 (1). I dette tilfelle skjer fusjonen ved at det stiftes et nytt selskap, der to eksisterende selskaper fusjonerer inn. I tilfelle av fusjon får det selskapet

⁶¹ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 274.

form som et SPE-selskap den dag hvor fusjonen registreres. Beslutning om fusjon krever kvalifisert flertall av selskapsdeltakerne i henhold til selskapets vedtekter, jf. art. 27. 2.

2.9.3 Fisjon

Fisjon betyr deling av selskap. Fisjon innebærer at et selskap splittes ved at det som var ett selskap blir to eller flere. Formålet med fisjon er vanligvis å etablere flere selskaper som fordeles mellom ulike aksjeeiere eller aksjeeiergrupperinger, f.eks. slik at hver gruppering etter fisjonen blir eier av hvert sitt selskap som sitter igjen med sin forholdsmessige andel av de samlede eiendeler, rettigheter og forpliktelser.⁶² Dette kan være praktisk dersom der er oppstått uenighet mellom aksjeeierne, eller fordi aksjeeierne ønsker å fordele selskapets samlede virksomhet på flere. Nærmere regler om fisjon er regulert i aksjeloven kap. 14. SPE-selskap kan også stiftes i forbindelse med fisjon. Beslutning om fisjon av SPE-selskapet krever kvalifisert flertall av selskapsdeltakerne, jf. art. 27. 2.

2.10 Oppløsning

Oppløsning av SPE-selskapet skal skje ved utløpet av det tidsrom for hvilket det ble opprettet, enten ved beslutning av selskapsdeltakerne eller i de situasjoner som er omfattet av gjeldende nasjonal rett.⁶³ Jeg vil nedenfor gå nærmere inn i de forskjellige bestemmelsene. Oppløsning av SPE-selskapet skal offentliggjøres.⁶⁴

2.10.1 Oppløsning etter beslutning

Det følger av forordningen art. 40 bokstav a, at SPE-selskapet skal oppløses

”by expiry of the period for which it was established”

⁶² Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 277.

⁶³ Se forordningen art. 40.

⁶⁴ Se punkt 2.2.5.

Dersom selskapet har vedtatt i sine vedtekter forhold som skal medføre oppløsning, f.eks. at selskapet har utført alle de oppgaver som det ifølge vedtektene var etablert for å utføre, skal det dermed oppløses.

Videre følger det av SPE-forordningen art. 40 bokstav b, at selskapet kan oppløses

”by the resolution of the shareholders”

Selskapsdeltakerne kan ha bestemt seg for å bringe både selskapsforholdet og den virksomhet selskapet driver ut av verden. Denne beslutningen må vedtas med kvalifisert flertall i henhold til selskapets vedtekter.⁶⁵ En beslutning om å oppløse selskapet vil tilsvarende etter norsk rett bli vedtatt med kvalifisert flertall av generalforsamlingen, jf. asl. § 16-1. Når det er truffet beslutning om å oppløse selskapet, går selskapet over i en ny fase, avviklings- eller likvidasjonsfasen. Først når denne fase er gjennomført er selskapet endelig opphørt.

2.10.2 Oppløsning etter reglene som er fastlagt i gjeldende nasjonal rett

Til slutt følger det av forordningen art. 40 bokstav c, at selskapet skal oppløses i de situasjoner som er omfattet av gjeldende nasjonal rett. Jeg skal derfor gå nærmere inn i disse regler som knytter seg til aksjeloven.

Det følger av asl. § 16-15 at tingretten ved kjennelse skal beslutte selskapet oppløst i visse tilfeller. Blant annet kan retten oppløse selskapet når selskapet ikke (lenger) har et lovlig styre, daglig leder eller revisor. Når det gjelder revisor, må vel en forutsetning være at det er snakk om en revisjonsplikt som følger av forordningen, eller dersom dette kan bestemmes av nasjonal rett.

En aksjeeier har ingen alminnelig rett til å kreve selskapet oppløst. Det må vurderes i lys av at en oppløsningsrett er en meget vidtrekkende sanksjon som må reserveres i de helt

⁶⁵ Se forordningen art. 27(2).

spesielle tilfelle. Etter asl. § 16-19 kan aksjonæren kreve selskapet oppløst ved dom når et selskapsorgan eller andre som representerer selskapet, ”har handlet i strid med §§ 5-21 og 6-28 og når særlig tungtveiende grunner taler for oppløsning som følge av dette”. Dette betyr at det må ha foreligget myndighetsmisbruk i selskapet, se nærmere ovenfor. Kravet om særlig tungtveiende grunner må ses i sammenheng med at aksjeeieren kan få beslutningen kjent ugyldig eller endret etter reglene i asl. § 5-22. Videre kan aksjeeieren kreve erstatning for den ulovlige beslutningen etter asl. § 17-1, som er ganske praktisk i selskapsforhold.⁶⁶

2.11 Avvikling, konkurs og ugyldighet

2.11.1 Avvikling

Det følger av forordningen art. 40 nr. 2 at avvikling er omfattet av gjeldende nasjonal rett. Konsekvensene av avvikling skal dermed belyses etter reglene etter aksjeloven. Etter aksjeloven vil selskapet gå over i en avviklingsfase, hvor en rekke prosessuelle regler etter asl. § 16-2 blir igangsatt. Virksomheten opphører ikke, men den omstilles med sikte på at den i løpet av en kortere periode skal avvikles. Etter aksjeloven § 16-3 er hensynet til kreditor søkt gjennomført ved en rekke regler om varsling og kunngjøring. I et SPE-selskap ligger det i ansvarsformen (indirekte og begrenset ansvar) at aksjeeierne ved avvikling ikke pådrar seg noe ansvar ut over innskuddene. Beslutning om avvikling av SPE-selskapet kreves kvalifisert flertall av selskapsdeltakerne, jf. art. 27. 2.

2.11.2 Selskapets konkurs

Det følger av SPE-forordningen at likvidasjon, insolvens, betalingsstansning og lignende bobehandlinger reguleres ved gjeldende nasjonal rett og rådets forordning (EF) nr. 1346/2000(29). Etter denne forordning står det regler om hvem som har rett til å begjære

⁶⁶ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 222.

insolvensbehandling for SPE-selskapet. Her står det at enten kan dette begjæres av en bobestyrer eller *”enhver annen person eller myndighet som har rett til å indgive begjæringen om insolvensbehandling”* etter lovgivningen i medlemsstaten. Etter reglene i nasjonal rett følger det av asl. § 6-18 første ledd at når selskapet har besluttet selskapet oppløst, *”skal selskapet avvikles etter reglene i konkursloven og dekningsloven”*⁶⁷.

For å åpne konkurs, er det et vilkår at selskapet er insolvent, jf kkl. §§ 60 og 61. Som følge av heftelsesformen for et SPE (indirekte og begrenset ansvar) er kreditorene henvist til å gjøre sine krav gjeldende mot selskapet. Det vil således ikke få noen betydning for aksjeeiernes private økonomi dersom selskapet går konkurs. Ved konkursåpningen taper selskapet rådigheten over selskapsformuen, og bestyrelsen går over til tingretten og bostyreren.⁶⁸ Det vil føre for langt å behandle reglene i detalj her.

2.11.3 Ugyldighet

Det følger av forordningens art. 41 at SPE-selskapets ugyldighet skal skje i henhold til nasjonal rett som gjennomfører art. 11 i direktiv 68/151/EØF. Etter første selskapsdirektiv art. 11 skal ugyldighet erklæres ved rettsavgjørelse, og kan bare erklæres i visse tilfeller. Eksempler på dette kan være dersom stiftelsesdokumentet eller vedtektene mangler opplysninger om selskapets firma, innskudd, størrelsen på den tegnede kapital eller selskapets formål. Det står klart at bortsett fra de ugyldighetstilfellene som direktivet har fastslått, kan et selskap *”ikke av noen grunn erklæres for ikke-eksisterende, absolutt eller relativt ugyldig eller angripelig”*. Rettsavgjørelse som fastslår selskapets ugyldighet skal offentliggjøres.⁶⁹

⁶⁷ Se lov nr 58/1984 (kkl) og lov nr 59/1984 (deknl).

⁶⁸ Jf. Mads Henry Andenæs, *Aksje og allmennaksjeselskaper* s. 647.

⁶⁹ Se punkt 2.2.6.

3 Vedtektsfrihet i SPE

SPE- forordningen legger det opp til at de fleste sentrale forhold skal reguleres i selskapets vedtekter. Forordningen inneholder en lang og detaljert liste over hvilke spørsmål som aksjonærene skal ta stilling til i vedtektene. Disse er nevnt i Annex 1 til utkastet.⁷⁰ Sentrale forhold vedrørende selskapets stiftelse, organisasjon, aksjer og kapital skal reguleres i selskapets vedtekter av selskapsdeltakerne.

Ved at såpass mange forhold reguleres i SPE-selskapets vedtekter, får selskapsdeltakerne stor frihet til å utforme selskapsforholdet etter egne behov og ønsker. Det er for å sikre fleksibilitet at aksjonærene fritt kan bestemme hvordan disse forhold skal reguleres, utelukkende på grunnlag av forordningens bestemmelser. Dette er klart en fordel som er noe av hensikten bak EU-kommisjonens initiativ.

På en annen side må det til en grundig vedtektsjobb før et slikt selskap kan bli etablert. Dette kan muligens komme til å medføre større transaksjonskostnader (f.eks. til advokatutgifter) ved etableringen av et SPE, enn ved etableringen av f.eks. et norsk AS. SPE er først og fremst tilpasset små virksomheter som kanskje ikke har denne kapasiteten og erfaringen vedrørende vedtektsfastsettelse. På grunn av vedtektsfriheten kan det komme til å knytte seg større usikkerhet til ulike rettslige spørsmål når det gjelder selskapsformen, f.eks. knyttet til hvilken myndighet og hvilke plikter som hører til en bestemt posisjon i ledelsen, enn det som er tilfelle ved norske aksjeselskaper.

Spesielt med tanke på at SPE skal gjøre det lettere og billigere for virksomhetseiere å involvere seg i grenseoverskridende aktiviteter er det viktig at det også er tale om en

⁷⁰ Den nåværende introduksjon til Annex 1; *"The articles of association of an SPE shall regulate at least the following"* er åpen for en mistolkning. Dette er fordi forordningen uttrykker ikke klart hvilke av punktene i Annex 1 som er påbudt og hvilke som ikke er det. Det skulle heller ha stått *"The articles of association of an SPE must at least contain provisions on the following points"*, så kan denne misforståelsen unngås. Se nærmere Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for SPE s. 2.

supernasjonal selskapsform med en og samme regulering uansett hvor selskapet er registrert. Den store friheten til å utforme selskapets vedtekter vil ikke gi SPE-selskapene velkjente rammer.⁷¹ Videre kan vedtektsfriheten skape problemer i forhold til nasjonal rett. Som nevnt overfor er det usikkert hvorvidt det er et krav at selskapet skal ha revisor. Dette er fordi friheten til vedtektsregulering kan ikke innskrenkes gjennom nasjonal lovgivning. Vedtektsfriheten kan også komme til å medføre en del merarbeid og lengere behandlingstid i Foretaksregisteret i forbindelse med registreringen av SPE-selskapet, noe som kan være en ulempe for den endelige utbredelsen av selskapsformen.

Noen av bestemmelsene i Annex 1 gjelder saker som man kan stille spørsmål ved om det er hensiktsmessig med vedtektsfrihet. Dette gjelder særlig bestemmelser som tar sikte på å beskytte kreditor, som hvorvidt kjøp av egne aksjer skal være tillatt og hvorvidt SPE har mulighet til å yte finansiell bistand.⁷² Slike sentrale bestemmelser burde heller vært deklarasjonsregulert i forordningen, som eventuelt kunne fravikes i vedtektene.

3.1 Krav til en standardvedtekt?

Utfordringene til vedtektsfriheten for SPE kan forsøkes avhjulpet gjennom en utarbeidelse av en standardvedtekt på europeisk nivå, som EU-kommisjonen arbeider med å utvikle.⁷³ Spesielt med tanke på at mindre selskaper som har lave marginer og ikke den nødvendige kapital til å engasjere dyr juridisk bistand for å regulere de mange vedtekter, vil et forslag til en standardvedtekt være til stor nytte. I forbindelse med utarbeidelse av SPE har det blitt utviklet et forslag med to forskjellige modeller av standardvedtekt tilegnet SPE-selskapet, som selskapet kan velge å anvende.⁷⁴ Det ene forslaget er spesielt tilpasset selskapet

⁷¹ Man skal derfor også i videst mulig omfang unngå henvisninger til nasjonal lov. Ser man på SE-statutten, anvender den reguleringsmetode som i vidt omfang henviser til nasjonal rett, hvilket betyr at man reelt har 27 forskjellige SE-er.

⁷² Se nærmere Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (SPE) s. 3, hvor også endring av selskapets kapital nevnes.

⁷³ Bakgrunn (fra EØS-notatet) se: <http://eos-saker.org/?q=node/1322>

⁷⁴ Jf. Robert Drury, The European Private Company s. 132.

dersom det eies og drives av de samme personer, og det andre forslaget er utarbeidet for større selskaper hvor de har minst en ekstern investor som ikke tar del i selve driften av selskapet.

4 Vedtektsbestemmelser om selskapets aksjer

Jeg skal nedenfor redegjøre for vedtektsbestemmelsene i Annex 1 om SPE-selskapets aksjer. Forslaget vil bli belyst i sammenheng med om det kreves noen tilsvarende vedtektsbestemmelser etter norsk rett.

Små og mellomstore selskaper (SMB'er) skiller seg grunnleggende fra store børsnoterte selskaper ved at de typisk er karakterisert med langsiktige investeringer fra aksjonær. Det er en høy grad av samarbeid mellom aksjonærene og ledelsen, og eierne har ofte andre målsettinger i selskapet enn avkastning i form av utbytte eller lønn.⁷⁵ Det er derfor nødvendig at aksjonærene kan innrette selskapet, herunder de rettigheter som er knyttet til aksjene, slik at det passer deres behov. Dette er i høy grad tilfelle med et SPE, ved at selskapsdeltakerne får stor frihet gjennom forordningen til å fastlegge rettigheter og forpliktelser som skal følge av aksjene.⁷⁶

4.1 Omsettelighet

Det medfører et behov for å kunne kontrollere eierkretsens sammensetning i små aksjeselskaper på grunn av, at det ofte er nær tilknytning mellom eiere og ledelse i selskapet. For å kontrollere eierkretsen i selskapet kan aksjonærene f. eks. fastsette begrensninger i retten til å selge aksjene. Spørsmålet om hvorvidt aksjene er fritt omsettelige eller om det gjelder begrensninger tilknyttet aksjene, som f.eks. forkjøps eller samtykkeklausuler, skal fastsettes i SPE-selskapets vedtekter med kvalifisert flertall og

⁷⁵ Jf. Mette Neville, *Det Europæiske Anpartsseskad*, NTS (2008) s. 58.

⁷⁶ Jf. forordningen Annex 1 Chap. III.

tilslutning fra de som berøres.⁷⁷ Det er ingen begrensninger i valget av omsettelighetsklausuler, og aksjene kan gjøres uoverdragelige i en periode som kan være en god idé i små og mellomstore virksomheter for å skape arbeidsro i selskapets første leveår.⁷⁸ Alle avtaler om overdragelse av aksjer skal foreligge skriftlig.

Etter norsk rett kan deltakerne i et aksjeselskap tilsvarende fritt regulere overdragelse og aksjeervert i selskapets vedtekter, jf. asl. § 4-15. Etter annet ledd står det at ervert av aksje er betinget av samtykke fra selskapet ”med mindre det er fastsatt i vedtektene at samtykke ikke kreves”. Aksjonærene kan således utvide denne retten i selskapets vedtekter ved f.eks. å gjøre aksjene fritt omsettelige uten begrensninger. På en annen side kan det i vedtektene fastsettes omsetningsbegrensninger, jf. f.eks. asl. § 4-16 tredje ledd hvor det kan fastsettes nærmere vilkår for å nekte samtykke. Det kan f.eks. gjelde forhold som selskapet skal legge vekt på i avgjørelsen om samtykke skal gis, men det kan også knyttes vilkår til erververs egenskaper, jf. asl. § 4-18.

4.2 Stemmerettighet og andre rettigheter tilknyttet aksjene

Selskapet kan avtale i selskapets vedtekter at selskapet skal ha flere aksjeklasser. Et eksempel på ulike aksjeklasser kan være at noen aksjer kan ha fortrinnsrett til utbytte, og andre forkjøpsrett ved overtakelsen av aksjene. Selskapsdeltakerne kan også fastsette eventuelle stemmerettsbegrensninger knyttet til aksjene. Poenget med stemmerettsbegrensninger er at de kan gjøre det mulig for et mindretall å sikre seg kontrollen over selskapet, noe som kan være hensiktsmessig i små selskaper. Hvis enkelte aksjeeiere fratas eller får begrenset sin stemmerett, er det naturligvis slik at stemmeretten til de øvrige får større relativ og faktisk betydning. Forordningen begrenser ikke hvorvidt selskapsdeltakerne har rett til å pålegge andre selskapsdeltakere å innløse deres aksjer (squeeze out-rettigheter), eller hvorvidt selskapsdeltakerne har rett til å selge mindretallets

⁷⁷ Jf. forordningens art. 16 nr 1.

⁷⁸ Se Annex 1 Chap. III, strekpunkt 7.

aksjer (sell out-rettigheter) til andre selskapsdeltakere eller SPE-selskapet og hvem som er forpliktet til å kjøpe disse aksjene, jf. Annex 1 Chap. III, strekpunkt 9 og 10. Selskapsdeltakerne kan også endre aksjeklassene i selskapets vedtekter med kvalifisert flertall, og skal fastsette nærmere prosedyre for godkjenning av eventuelle endringer.⁷⁹

Det sentrale prinsippet om at alle aksjer gir lik rett i selskapet, kan fravikes tilsvarende i selskapets vedtekter etter den norske aksjeloven. Bestemmelsen er regulert i asl. § 4-1, hvor det i vedtektene kan bestemmes at det skal foreligge aksjer av ulike slag, og i tilfelle hva som skiller dem. I norsk rett er det vanlig med to typer stemmerettsbegrensninger. For det første stemmerettsbegrensninger som knyttes til *person*, jf. asl. § 5-3 første ledd annet punktum, og for det andre bestemmelser om at aksjene i en *aksjeklasse* ikke skal gi stemmerett eller ha begrenset stemmevekt, jf. asl. § 5-3 første ledd tredje punktum.⁸⁰

5 Vedtektsbestemmelser om selskapets kapital

Jeg skal nedenfor redegjøre for vedtektsbestemmelsene i Annex 1 om SPE-selskapets kapital. Forslaget vil bli belyst i sammenheng med om det kreves noen tilsvarende vedtektsbestemmelser etter norsk rett.

Som sagt ovenfor skiller SMB'er seg grunnleggende fra store børsnoterte selskaper ved at de typisk er karakterisert ved langsiktige investeringer fra aksjonær. Det er derfor nødvendig at aksjonærene kan innrette selskapet, herunder kapitalstrukturen slik at det passer deres behov. Dette er i høy grad tilfelle med et SPE ved at selskapsdeltakerne får stor frihet gjennom vedtektene til å fastlegge rettigheter og forpliktelser i forhold til blant annet utbytte, endring av selskapets kapital og selskapets adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet.

⁷⁹ Jf. Annex 1 Chap. III strekpunkt 5.

⁸⁰ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 137.

5.1 Innskudd

I henhold til SPE-forordningen skal selskapsdeltakerne fastsette i sine vedtekter hvorvidt innskudd for aksjene skal bestå i kontanter eller innskudd i form av naturalier, slik som f.eks. en eiendom eller en maskin.⁸¹ Forordningen begrenser ikke stifternes rett til å selv bestemme hvilken form for vederlag som skal erlegges for aksjene ved opprettelsen av selskapet. Dette betyr at selskapsdeltakerne fritt kan bestemme hvilke formuesgoder, rettigheter, tjenesteytelser osv. de aksepterer som vederlag for andelene. Tingsinnskudd som tilføres selskapet, må ha reell verdi. Ved betaling av tingsinnskudd vil det være en risiko for at den aktuelle gjenstanden verdsettes til overpris, med den konsekvens at aksjonæren i realiteten ikke betaler aksjeinnskuddet fullt ut som forordningen krever. Selskapsdeltakerne kan derfor fastsette i selskapets vedtekter hvorvidt innskudd av naturalier skal vurderes av en uavhengig ekspert og eventuelle formaliteter tilknyttet innskuddet. Til slutt skal tidspunktet for betaling eller levering av innskuddet også fastsettes i selskapets vedtekter.

Selskapsdeltakerne kan ikke frigjøres fra deres forpliktelse til å betale det avtalte innskudd, bortsett fra i tilfelle av nedsettelse av aksjekapitalen.⁸² Selskapsdeltakerne hefter for deres innskudd i overensstemmelse med nasjonal rett.

5.2 Utdelinger

Hvorvidt utbytte kan utbetales og eventuelle gjeldende bestemmelser skal fastsettes i selskapets vedtekter. Som utbytte regnes enhver overføring som direkte eller indirekte kommer aksjonæren til gode. SPE-forordningens utdelingsbegrep er vidtrekkende og legger opp til en fleksibel utbytteordning. Etter art. 21 (1) kan SPE-selskapet fritt foreta utdelinger til selskapsdeltakerne dersom selskapet oppfyller en *balance-sheet-test* som betyr at

⁸¹ Se nærmere forordningen Annex 1 Chap IV.

⁸² Jf. forordningen art. 20 (2).

selskapets aktiver fullt ut må dekke selskapets forpliktelser.⁸³ Det sentrale er om selskapet etter den aktuelle disposisjonen er i stand til å betale sine forpliktelser ved forfall.⁸⁴ Utdelinger i form av maskert utbytte⁸⁵ eller oppkjøp av egne aksjer kan således fritt finne sted.⁸⁶ Aksjonærene kan imidlertid innskrenke denne retten ved å forby oppkjøp av egne aksjer, jf. Annex 1 Chap IV strekpunkt 9. Forordningen definerer ikke "*assets*" og "*liabilities*", idet de relevante regnskapsbestemmelsene i f.eks. 4. direktiv (78/660/EØF) gjelder her.⁸⁷ Innføringen av en balance-sheet-test som grunnlag for utdelinger kan gi selskapet stor frihet til å fastlegge den mest hensiktsmessige kapital- og finansieringsstruktur.

Selskapet kan i sine vedtekter stille strengere krav ved at selskapsdeltakerne kan forlange at ledelsesorganet ytterligere underskriver en solvenserklæring ("*solvency certificate*") i selskapets vedtekter før det foretas utdeling, jf. Annex 1 Chap. IV strekpunkt 7 og art. 21.2. Ettersom utarbeidelse av en solvensprøve vedrørende utbetaling for tiden kun finner anvendelse i få medlemsstater, gjør forordningen det ikke til et obligatorisk krav for SPE-selskaper.⁸⁸ I denne erklæringen må selskapets ledelse bekrefte at selskapet vil være i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller i et år fra utdelingsdatoen. Siden solvenserklæringen skal offentliggjøres, kan selskapet gjennom sine vedtekter ligge et høyere nivå for kapitalbinding. Dette betyr at overfor kreditor vil selskapets

⁸³ Det har blitt foreslått å innskrenke utdelingsadgangen ved å innføre i art. 21.1 : "after the distribution, the assets of the SPE fully cover its liabilities *and its capital* as stated in the articles of association," se nærmere Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statue for SPE s. 6.

⁸⁴ Anne Cathrine Sundby, Eus arbeid med modernisering av selskapsretten, *TFF* (2003) s. 451.

⁸⁵ Begrepet utdeling er nærmere definert i forordningen art. 2.

⁸⁶ Ved oppkjøp av egne aksjer suspenderes stemmerett samt andre ikke-økonomiske rettigheter. Videre oppstiller SPE-forordningen et forbud mot at selskapet ikke kan tegne egne aksjer, jf. art. 23. Dersom dette hadde vært mulig, ville ikke selskapet blitt tilført nye verdier gjennom tegningen og innbetalingen av aksjeinnskuddet.

⁸⁷ Jf. forordningen Chap. IV (innledningen).

⁸⁸ Dette reiser spørsmålet om medlemsstatene vil anse en balance-sheet test som en tilstrekkelig beskyttelse av selskapets kreditorer, noe som synes tvilsomt.

kredittverdighet økes, samtidig som aksjonærene får trygghet i forhold til at selskapet drives på en forsvarlig måte.

Et norsk AS kan bare dele ut fjorårets overskudd som utbytte dersom selskapet har egenkapital som overstiger den bundne, det vil si at det er kun selskapets frie egenkapital som kan utdeles. Aksjekapitalen (sammen ved visse fond) utgjør selskapets bundne egenkapital. Kravet til en forsvarlig egenkapital etter asl. § 3-4, er en selvstendig skranke for adgangen til å utdele utbytte. Vurderingstemaet er om den reelle egenkapitalen er forsvarlig i lys av risikoen og omfanget av selskapets virksomhet. De transaksjoner et AS ikke kan gjennomføre uten å ha fri egenkapital er å utdele utbytte (asl. § 8-1), yte konsernbidrag (asl. § 8-5), gi gaver (asl. § 8-6), og yte lån eller stille sikkerhet til fordel for personer med en tilknytning til selskapet (asl. § 8-7). Således har et SPE en mer fleksibel utbytteordning enn det som følger av norsk rett.

Aksjelovens regler om utbytte må ses i sammenheng med selskapets vedtekter. Selskapet kan vedtektsfeste ”*dersom selskapet ved sin virksomhet ikke skal ha til formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte.*” I så fall skal vedtektene inneholde bestemmelser om anvendelse av overskudd og av formuen ved oppløsning, jf. asl. § 2-2. Vedtektene kan således inneholde at utbytte overhodet ikke skal deles ut, eller i en meget begrenset utstrekning.

5.2.1 Restitusjonsplikt ved ulovlige utdelinger

Reglene om begrensnings av utdelinger som følger av SPE-forordningen hadde vært av liten verdi hvis de ikke kunne sanksjoneres. Dersom en selskapsdeltaker har mottatt utdelinger i strid med reglene, følger det av art. 22 at mottakeren skal tilbakeføre det som er mottatt. Dette omfatter både penge- og naturalytelser av enhver art. Forutsetningen for restitusjonsplikt er at det er tale om en utdeling fra selskapet, og videre må selskapet bevise at deltakeren visste eller burde vite at utdelingen var urettmessig.

Dersom ytelsen ikke er i behold, f.eks. pengene er brukt opp, følger det av aksjelovgivningen at restitusjonsplikten transformeres til en ren verdierstatningsplikt. Dette

må trolig også gjelde overfor et SPE-selskap. Den prosedyre som selskapet skal følge for å sikre tilbakebetaling av en ulovlig utdeling, skal fastsettes i selskapets vedtekter, jf. Annex 1 Chap. IV strekpunkt 8. Viser det seg at utdelingen var basert på en feilaktig bekreftelse, kan det medføre ansvar for selskapets ledelse. En tilsvarende bestemmelse finnes etter aksjeloven § 3-7.

5.3 Selskapets adgang til å gi kreditt, gaver eller stille sikkerhet

Hvorvidt selskapet har mulighet til å yte finansiell bistand til fordel for aksjonærene, især forskudd, yte lån eller stille sikkerhet skal fastsettes i selskapets vedtekter.⁸⁹ Når det gjelder transaksjoner mellom nærstående parter, følger det SPE-forordningen art. 32 at disse transaksjonene reguleres ved bestemmelsene i den gjeldende nasjonale rett. Dette betyr at jeg må se nærmere på reglene etter aksjeloven. Den norske aksjeloven går noe lenger enn EU-retten på dette området.⁹⁰

5.3.1 Lån og sikkerhetsstillelse til aksjonær og andre

Aksjeselskapets myndighet til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for aksjeeierne eller visse andre personer følger av asl. § 8-7. Selskapet kan gi *”kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående”* dersom følgende to vilkår begge er oppfylt. For det første må disposisjonen ligge innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og for det andre må det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling.

5.3.2 Gaver

Når det gjelder selskapets adgang til å gi gaver til aksjonærer eller andre følger det av asl. § 8-6 tredje ledd at det kreves tilslutning fra samtlige aksjeeiere. Midlene er i prinsippet

⁸⁹ Jf. Annex 1 Chap. IV strekpunkt 5.

⁹⁰ Jf. Tore Bråthen, Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, *NTS* (2007) s. 69.

aksjonærenes eiendom. Gaven må dessuten ligge innenfor ”rammen av de midler som kan benyttes til utdeling av utbytte”. Dette betyr at gaven må ligge innenfor rammen av den frie egenkapital. Leilighetsgaver, samt gaver i allmennyttig eller liknende forhold kan imidlertid besluttes gitt av generalforsamlingen, jf § 8-6 første ledd. Hvis gaven er av liten betydning i forhold til selskapets stilling, kan styret treffe beslutningen alene, jf. § 8-6 annet ledd.

5.4 Endring av selskapets kapital

Fremgangsmåten ved endring av SPE-selskapets kapital skal fastsettes i selskapets vedtekter, jf. Annex 1 Chap. IV strekpunkt 10.

5.4.1 Kapitalnedsettelse

En eventuell nedsettelse av kapitalen må vedtas av aksjonærene med kvalifisert flertall.⁹¹ En kapitalnedsettelse skal i følge forordningen offentliggjøres. En av grunnene til en offentliggjøring er for å beskytte kreditor, selv om det imidlertid følger av art. 24 at det skal utsendes en kreditorvarsel dersom kapitalnedsettelse finner sted. Dersom kreditor beviser at det ikke er stillet passe sikkerhet fra selskapets side, og muligheten til å få dekning vanskelig kan la seg gjøre på grunn av kapitalnedsettelsen, kan kreditor innen en 30-dagers frist etter offentliggjøringen:⁹²

”apply to the competent court for an order that SPE provide them with adequate safeguards.”

Såfremt hensikten med nedsettelse av kapitalen er å utligne tap som selskapet har lidt skal nedsettelsesbeløpet kun anvendes til dette formål og må ikke utdeles til selskapsdeltakerne, se art. 24 nr. 5. Det skal i forbindelse med kapitalnedsettelsen foretas en balance-sheet test,

⁹¹ Jf. forordningen art. 27 nr. 2.

⁹² Jf. forordningen art. 24 nr. 3.

jf. art. 24 nr. 1.⁹³ Ved kapitalnedsettelse skal selskapet sikre lik behandling av aksjonærene som befinner seg i samme situasjon, jf. art. 24 nr.7. Etter norsk rett reguleres kapitalnedsettelse av aksjeloven kap. 12.

5.4.2 Kapitalforhøyelse

Kapitalforhøyelse kan være aktuelt dersom det har vist seg at selskapets virksomhet trenger en tilførsel av ytterligere kapital, f.eks. ved å finansiere investeringer, løse likviditetsproblemer, oppfylle solidaritetskrav som er oppstilt av potensielle eller eksisterende långivere.⁹⁴ En slik forhøyelse av aksjekapitalen skjer mot aksjeinnskudd, dvs. mot at selskapet tilføres nye verdier eller blir kvitt gjeld. SPE-forordningen begrenser ikke stifternes rett til å selv bestemme hvilken form for vederlag som skal erlegges for kapitalforhøyelsen. Aksjonærene treffer beslutning om kapitalforhøyelse med det flertall som fremgår av vedtektene, dvs. med alminnelig flertall, jf. art. 27.⁹⁵ Kapitalforhøyelse skjer vanligvis på to måter, enten ved fondsemisjon eller ved nytegning av aksjer mot innskuddsplikt. Siden et SPE-selskap er et privat selskap, kan ikke selskapet rette en emisjon direkte mot allmennheten og foreta en børsnotering av aksjene. Kapitalforhøyelse reguleres etter aksjeloven kap. 10.

⁹³ Jf. avsnitt 5.2.

⁹⁴ Jf. Tore Bråthen, *Selskapsrett* s. 167.

⁹⁵ Det har imidlertid blitt foreslått at kapitalforhøyelse burde bli vedtatt med kvalifisert flertall av aksjonærene på grunn av beslutningens betydningsfulle konsekvens for både aksjonær og kreditor. Se nærmere Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (SPE) s. 7.

6 Vedtektsbestemmelser om selskapets organisasjon

Jeg skal nedenfor redegjøre for vedtektsbestemmelsene i Annex 1 om SPE-selskapets organisasjon. Forslaget vil bli belyst i sammenheng med om det kreves noen tilsvarende vedtektsbestemmelser etter norsk rett.

SPE-forordningen legger opp til at eierne skal ha stor frihet til å utforme selskapsforholdet etter egne behov og ønsker. En av grunnene til dette er at små og mellomstore aksjeselskaper ofte eies av en eller få aksjonærer, som ofte har en langvarig og nær tilknytning til hverandre, f.eks. i form av familierelasjoner eller vennskap.⁹⁶ Det er derfor en høy grad av samarbeid mellom aksjonærene og ledelsen, og den enkeltes deltakers personlige karakter og personlighet er ytterst viktig for de andre deltakerne. Dette er fordi det ofte er en forutsetning fra aksjonærene om deltakelse i ledelsen, eller i hvert fall på ansettelse i selskapet. Eier- og ledelsesstrukturen som ofte foreligger i små aksjeselskaper, medfører derfor et behov for, i størst mulig omfang å overlate fastleggelsen av selskapets interne organisasjon til partene. God virksomhetsstyring er en forutsetning for økte aksjonærverdier, investorenes tillit og lave kapitalkostnader.

6.1 Ledelsesstruktur

Medlemmer av ledelsen skal ifølge art. 30 være kun fysiske personer. Man kan si at ledelsesorganet er det samme som vi forstår etter norsk rett som selskapets styre i kombinasjon med daglig leder. Ledelsesorganet defineres i forordningen som

*”...one or more individual managing directors, the management board (dual board) or the administrative board (unitary board), designated in the articles of association of the SPE as being responsible for the management of the SPE”.*⁹⁷

⁹⁶ Jf. Mette Neville, Det Europæiske Anpartsselskab, *NTS* (2008) s. 59.

⁹⁷ Se forordningen art. 2.

Hvorvidt ledelsesorganet skal være sammensatt av et eller flere medlemmer er blant de valg som aksjonærene må fastsette i sine vedtekter, jf. Annex 1 Chap. V strekpunkt 10. Det er således opp til aksjonærene om selskapet skal ledes enten en organisasjonsform som kalles "the one-tier system" eller en organisasjonsform som kalles "the two-tier system", som grovt sett er de to modellene som det har vært vanlig å operere med i Europa, når det gjelder selskap med begrenset ansvar.⁹⁸ En av grunnene til at selskapet har denne valgfriheten er at det er gunstig at det enkelte selskap skal kunne velge den organisasjonsform som anses mest hensiktsmessig.

The one-tier system er et monistisk system som særlig er kjent fra England. Modellen kjennetegnes ved at selskapet har ett forvaltningsorgan med både ledelsesoppgaver og kontrollerende oppgaver. Her er det viktig at tilsyns- og kontrolloppgavene utføres av styremedlemmer som er uavhengige av den daglige ledelse. The two-tier system bygger på tysk rett som regnes som et dualistisk system. Denne modellen kjennetegnes ved at forvaltningsoppgavene ligger hos et selskapsorgan, mens tilsynsoppgavene ligger hos et annet. Tilsynsansvaret er et ansvar for andres handlinger og unnlatelser i forbindelse med forvaltningen, som i praksis vil være oppgaver som ligger under den daglige ledelse og administrasjonen for øvrig og som styret i praksis ikke selv direkte forestår.⁹⁹ Etter Annex 1 Chap. IV strekpunkt 13 skal SPE-selskapet fastsette i selskapets vedtekter hvorvidt selskapet skal ha et tilsynsorgan, og i så fall skal både sammensetning og organisasjon kartlegges, samt tilsynsorganets forhold til ledelsesorganet.

Selskapsorganisasjonen etter den norske aksjeloven avviker til dels fra disse modellene. Etter aksjeloven skal norske selskaper ha to ledelsesorganer, nemlig styre og daglig leder. Styrets og daglig leders kompetanse og plikter er til dels overlappende, jf. asl. § 6-14 (1). Et forhold som ytterligere kompliserer bildet, er at norske selskaper under visse omstendigheter er forpliktet til å ha en bedriftsforsamling. Selskapsorganisasjonen uten bedriftsforsamling har en del til felles med "the one-tier system", mens velger selskapet å

⁹⁸ Jf. Anne Catrine Sundby, EU's samarbeid med modernisering av selskapsretten, *TFF* (2003) s. 8.

⁹⁹ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 146.

ha bedriftsforsamling ligner selskapsorganisasjonen mest på "the two-tier system".¹⁰⁰ Etter aksjeloven kan aksjonærene fastsette i selskapets vedtekter nærmere regler om selskapets ledelse, f.eks. om daglig leder skal tilsettes av bedriftsforsamlingen, om selskapet skal ha flere daglige ledere og i så fall om de skal fungere som kollektivt organ, antallet styremedlemmer i selskapet, og styremedlemmenes tjenestetid, jf. asl. §§ 6-2 tredje ledd, 6-6 og 2-2. Et AS kan således, men ikke i like stort omfang som SPE, vedtektsfeste den organisasjonsform som anses mest hensiktsmessig.

6.2 Generalforsamling

Som anført ovenfor treffer ledelsen, med mindre annet er bestemt i vedtektene, alle beslutninger bortsett fra dem som i følge art. 27 er underlagt aksjonærenes beslutningskompetanse. Forordningen inneholder ingen krav til generalforsamling, men aksjonærene kan imidlertid fastsette etter Annex 1 Chap. V strekpunkt 8;

"where the articles of association provide for the adoption of some or all resolutions at a general meeting.."

I så fall skal måten for innkallelse til generalforsamling, arbeidsmetoder og regler for stemmeavgivelse ved fullmakt også fastsettes. Et norsk AS skal vedtektsfeste hvilke saker som skal behandles på den ordinære generalforsamlingen, jf. asl. § 2-2. En beslutning truffet av generalforsamlingen krever flertall av de avgitte stemmer, men dette kan innskrenkes i selskapets vedtekter, jf. asl. § 5-17 tredje ledd.

Det finnes ingen bestemmelser i SPE-forordningen som regulerer forholdet mellom generalforsamlingen og selskapets ledelse, herunder hvorvidt generalforsamlingen som den øverste myndighet i selskapet, kan instruere ledelsesorganet. Etter norsk rett er det styret som forestår den alminnelige forvaltningen av selskapet, når myndigheten ikke konkret er

¹⁰⁰ Jf. Anne Cathrine Sundby, EUs arbeid med modernisering av selskapsretten, *LOR* (2005) s. 435, og Tore Bråthen, *Societas Privata Europaea – SPE, Magma* (2008) s. 25.

tillagt generalforsamlingen. Styrets myndighet i relasjon til generalforsamlingen rekkes så vidt at styret har kompetanse til å gjennomføre betydelige investeringer og omlegging av driften.¹⁰¹ Det har imidlertid blitt foreslått av en uavhengig ekspertgruppe på europeisk selskapsrett (Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht) å vedtektsregulere dette forholdet i SPE-forordningen for å få klarhet i hvilke plikter som hører til rollene i selskapsledelsen. Dette skal fremgå av Annex 1 som har følgende ordlyd;¹⁰²

“The articles of association may provide whether and what extent the management body is obliged to implement legal resolutions of the general meeting and whether and under what conditions such a right of the shareholders to issue instructions can be delegated to another organ.”

6.3 Selskapets representasjon

Ledelsesorganet skal representere selskapet utad i forhold til tredjemann, jf art. 33. Handlinger som utøves av medlemmer av ledelsesorganet, er bindende for selskapet, selv om de ikke faller innenfor SPE-selskapets formål. Dette betyr at selskapets ledelse kan inngå avtaler på vegne av selskapet, også om forhold som etter selskapets karakter er av uvanlig art eller av stor betydning, oppta store lån, eller kjøpe og selge fast eiendom. Det skal i selskapets vedtekter fastsettes regler for representasjon, især hvis medlemmene av ledelsesorganet skal representere selskapet i forening eller alene, jf. Annex Chap.V strekpunkt 20. Medlemmene av ledelsen kan for øvrig utdelegere ledelsesorganets beføyelser til en annen person, hvis det er bestemt i vedtektene, jf. art. 33.3.

I et norsk AS kan styret tilsvarende utdelegere en rett til å tegne selskapets firma gjennom selskapets vedtekter. En slik fullmakt kan også begrense styrets myndighet til å gi rett til å tegne selskapet, jf. asl. § 6-31.

¹⁰¹ Jf. Woxholth, *Selskapsrett* s. 148.

¹⁰² Jf. Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (SPE) s. 7.

7 SPE-utfordringer og muligheter

I forslaget til forordning om SPE har kommisjonen ønsket å innføre et uniformt selskap, som kan gjøre det lettere for små virksomheter å utnytte mulighetene i det indre marked gjennom grenseoverskridende aktiviteter. Forordningen legger opp til å etablere en helt ny selskapsform uten å være preget av nasjonale tradisjoner og eksisterende lovgivning. Selv om selskapsformen er tilpasset de små og mellomstore virksomheters særlige behov for stor fleksibilitet med hensyn til selskapets interne organisasjon, oppfyller den samtidig en lang rekke av behovene for bestemmelser vedrørende aksjonærbeskyttelse som er tilpasset deres eier- og kontrollstruktur.

Selskapsformen SPE tar i første rekke sikte på selskaper som driver virksomhet i flere europeiske land, og som ønsker den fleksibiliteten selskapsformen gir når det gjelder muligheten for lik organisering uavhengig av i hvilket land selskapet er registrert. For andre selskaper kan behovet for den forutsigbarheten som de velkjente rammene i den norske aksjeselskapslovgivningen byr på, muligens innebære at SPE-formen kan være noe mindre aktuell. Siden forordningen ikke inneholder noe krav om grenseoverskridende aktiviteter, vil SPE være et seriøst alternativ til det norske aksjeselskap i sin nåværende form.

SPE skal ikke avskaffe selskapsformer som allerede brukes i europeiske stater, men komme i tillegg til de øvrige selskapsformene og vil være et alternativ til nasjonale selskapsformer. SPE-selskapet vil gi AS-selskapet en meget sterk konkurranse, en stor andel av de nystiftede selskapene vil kunne velge bort AS fremfor et SPE. Dette gjelder spesielt ved at et SPE gir lavere etablerings- og driftskostnader, har større vedtektsfrihet, samt en større og fleksibel utbytteordning enn i det norske AS. Nasjonale myndigheter må derfor være forberedt på å forholde seg til SPE-selskapsformen i fremtiden.

Inntil man ser innholdet i den endelige forordningen, herunder spesielt kravet til aksjekapital og revisjon, er det vanskelig å vurdere hvor utbredt man kan forvente at selskapsformen blir, og hvem som vil benytte seg av den. SPE-forordningen er foreløpig

kun på forslagsstadiet, og det er uvisst om forordningen vil bli vedtatt og med hvilket endelig innhold. All erfaring viser imidlertid at kommisjonen sjelden lar forslag som den anser som gode ikke bli vedtatt selv om det i første omgang skulle møte motstand i parlamentet.¹⁰³ Kommisjonen vil også tilstrebe å samle ikrafttredelser av nye EU-forordninger og vedtak til bestemte tider på året, og oppfordrer medlemslandene til å gjøre det samme med nasjonale rettsregler, alt for å forenkle og stimulere arbeidet til små og mellomstore bedrifter, som anses som vitale for fremtidig økonomisk vekst i Europa.¹⁰⁴ En rekke europeiske stater har gjennomført eller arbeider med større lovreformer som en følge av konkurransen om den beste selskapslovgivningen i Europa, og for norsk lovgiver innebærer dette at den nye konkurransesituasjonen som oppstår må tas på alvor. Blir denne forordning vedtatt, vil muligheten til å anvende SPE ha til følge at norske næringsdrivende isteden benytter seg av denne nye selskapsformen som ramme for sin virksomhet, dersom norske regler ikke anses konkurransedyktige.

¹⁰³ Jf. Tore Bråthen, *Societas Privata Europaea – SPE*, *Magma* (2008) s. 26.

¹⁰⁴ Jf. Tiltakspakke for små og mellomstore bedrifter, publisert 26.06.08, <http://eos-saker.org/?q=node/1323>.

Litteraturliste

Faglitteratur

- Mads Henry Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2. utg. Oslo, 2006
- Tore Bråthen, Selskapsrett, 3. utg. Oslo, 2008
- Geir Woxholth, Selskapsrett 2.utg. Oslo, 2007
- Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, Olav Kolstad, EØS-rett, 2.utg. 3. opplag, Oslo, 2007
- Erik Werlauff, EU-Selskapsret, 3.utg. Aalborg, 2002

Direktiver og forordninger

- 68/151/EØF (1. rådsdirektiv)
- 78/660/EØF (4. rådsdirektiv)
- 83/349/EØF (7. rådsdirektiv)
- 89/666/EØF (11. rådsdirektiv)
- 1346/2000 (rådets forordning om konkurs)
- 0396/2008 (forslag til rådets forordning (SPE))

Artikler og tidsskrifter

- Lena Johnsen: Norsk filial av Utenlandsk Foretak-NUF, Nordisk tidsskrift for selskapsrett (NTS) nr. 2/2007 s. 21-35
- Tore Bråthen: Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen, Nordisk tidsskrift for selskapsrett (NTS) nr. 3/2007 s.65-89
- Anne Catrine Sundby: EU's arbeid med modernisering av selskapsretten, Tidsskrift for Forretningsjuss 2003 s. 427
- Tore Bråthen: Bør kravet om minste aksjekapital avskaffes for aksjeselskaper?, Magma nr. 3/2007 s. 20-22

- Tore Bråthen: Societas Privata Europaea-SPE, Magma nr. 4/2008 s. 21-26.
- Tore Bråthen: Hovedseteteorien eller stiftelsesteorien?, Festskrift til Helge Thue s. 198-209.
- Anne Cathrine Sundby: Det nye selskapsrettslige landskap, Lov og rett 2005 s. 387
- Mette Neville, Det Europeiske Anpartsselskab, Nordisk tidsskrift for selskapsrett (NTS) nr. 2/2008 s. 48-66.
- Robert Drury, The European Private Company, European Business Organization Law Review 9, s. 125-136.
- Comments and Suggestions in response to the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (SPE), October 10, 2008.

Lovregister

- Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44 (asl)
- Lov om fordringshaverens dekningsrett 8. juni 1984 nr 59 (deknl)
- Lov om gjeldsforhandling og konkurs 8. juni 1984 nr 58 (kkl)
- Lov om registrering av foretak 21.juni 1985 nr. 78 (fregl)
- Lov om årsregnskap 17. juli 1998 nr. 56 (rskl)

Domsregister

Dommer fra EF-domstolen

- C-212/97 (Centros)
- C-411/03 (Sevic)
- C-81/87 (Daily Mail)
- C-208/00 (Uberseering)
- C-167/01 (Inspire Art)
- C-210/06 (Cartesio)

Forarbeider

- Innst. O nr. 12 (2006-2007)
- NOU 2008:12

- Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, COM (2008) 396.

Internett

- <http://www.eos-saker.org>
- <http://www.europarl.europa.eu>
- <http://europeanprivatecompany.com>
- <http://www.brreg.no>